



DERECHO

FEDERICO GASTÓN MENENDEZ

**Libertad de actuación y objeción de ciencia
en el ejercicio de la profesión médica**

Tesis presentada en la Facultad de Derecho
de la Universidad Austral para optar al título de
Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Alfonso Santiago

Buenos Aires, 2023

*A mi gran familia
a la que tanto debo.*

ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores varios
AFIP	Administración Federal de Ingresos Públicos
AMA	Asociación Médica Argentina
AMM	Asociación Médica Mundial
ANMAT	Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica
CACAMDP	Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata
CADH	Convención Americana de los Derechos Humanos
CC	Código Civil
CCyC	Código Civil y Comercial
CDN	Convención de Derechos del Niño
CE	Código de Ética
CED	Contenido esencial del derecho
CEMES	Código de Ética médica para el Equipo de Salud
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
CNACCF	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal
COMRA	Confederación de Médicos de la República Argentina
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
LAM	Libertad de actuación médica
LNPA	Ley Nacional de Procedimientos administrativos
MS	Ministerio de Salud
OC	Objeción de ciencia

ODC	Objeción de conciencia
OMC	Organización Médica Colegial española
OMS	Organización Mundial de la Salud
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RMC	Relación médico-paciente
SCJBA	Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires
SIGEN	Sindicatura General de la Nación
STC	Supremo Tribunal Constitucional español
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

AGRADECIMIENTOS

Siempre me ha parecido que el agradecimiento no puede reducirse a una mera cortesía, a una simple convención social. Al contrario, pienso que agradecer es una actitud que trasciende las palabras amables e implica asumir un débito de justicia con aquellos que *pasan haciendo el bien*. A lo largo de este recorrido he tenido oportunidad de cruzarme con personas que contribuyeron de manera silenciosa —y quizá por eso más efectiva— a llevarla a término. A ellos dirijo mi más sincero y profundo reconocimiento.

Aunque cualquier manifestación de gratitud resulte por demás imperfecta, en primer lugar, deseo expresar mi agradecimiento a Aquél que nuestra Constitución reconoce como “fuente de toda razón y justicia”. A ese Dios trascendente, uno y trino, personal y con rostro humano, le agradezco por iluminar y dar significado a cada uno de los momentos de mi vida.

En segundo lugar, a mis padres y hermanos, quienes con su trabajo abnegado me han transmitido un ejemplo de nobleza y dignidad en todo lo que emprenden.

No puedo olvidarme de aquellos que caminan conmigo en esta vida y me honran con su amistad honesta. Ellos resultan accionistas

mayoritarios de todos mis proyectos, regalándome un remanso de paz y alegría en medio del trajín de las faenas.

Como la presente tesis ha sido realizada en el marco de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, es de justicia reconocer a todo el prestigioso claustro docente que me ha acompañado en este proyecto, brindándome su prudente consejo.

Asimismo, quiero agradecer a la Universidad de Navarra y al Colegio Mayor Belagua por darme acogida durante la estancia de investigación. En particular, deseo expresar mi agradecimiento a Juan CIANCIARDO, a Guillermo MORALES y a mis colegas del Programa de Doctorado, por las discusiones tan animantes, exigentes y profundas, de las cuales siempre extraía reflexiones para mi trabajo.

Por otro lado, extiendo mi reconocimiento a aquellos profesores que me prodigaron su tiempo con generosidad durante mi paso por las universidades de España e Italia. Todas esas conversaciones han sido de verdadero provecho para la realización de este trabajo. En particular, quiero agradecer a Ricardo DE LORENZO MONTERO, José LÓPEZ GUZMÁN, Federico DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Carlos Romeo CASABONA, Juan Pablo CANNATA, Fernando ABELLÁN-GARCÍA, Javier SÁNCHEZ-CARO, Rafael NAVARRO-VALLS, Natalia LÓPEZ-MORATALLA, Juan Antonio DíEZ-FERNÁNDEZ, Elena POSTIGO, Juan Siso MARTÍN, David LARIOS RISCO, Rogelio ALTISENT TROTA, María Ángeles AHUMADA RUIZ, Francisco RAMIRO y Pau Simó AGULLES.

Por último, pero no por ello menos importante, merece una mención especial quien se ha desempeñado como director de este trabajo, Alfonso SANTIAGO. Por su generosa dedicación, contagioso entusiasmo y las contribuciones que realizó para iniciarme en la vida académica, le estaré profundamente agradecido.

RELEVANCIA Y ACTUALIDAD DEL OBJETO DE ESTUDIO, HIPÓTESIS Y ESQUEMA DE ESTA TESIS

1. INTRODUCCIÓN

Entre los bienes más preciados que todo hombre posee, encontramos la vida, la libertad y la propiedad. Estos bienes han sido recogidos por el Derecho ya desde tiempos inmemoriales —de manera incompleta quizá— y con mayor intensidad y precisión en el transcurso del siglo XIX. Nos animamos a decir que una de las conquistas más relevantes en la tradición jurídica (y con ello de toda la humanidad) ha sido el reconocimiento social de estos bienes y la generación de derechos que los protegieran de las amenazas coyunturales. El valor incalculable de este hallazgo solo es superado por la aceptación expresa y universal de su presupuesto necesario: la dignidad del hombre¹.

¹ Cfr. DUDH proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A.

El respeto a esa dignidad y el mantenimiento de los bienes mencionados es responsabilidad de todos los actores de la comunidad política. En esta tarea, los profesionales universitarios ocupan un puesto preeminente. Cuando se avocan con rectitud a solucionar los problemas de la sociedad velan por ellos, al tiempo que custodian la dignidad de sus congéneres. En efecto, como dice TOLLER:

toda profesión universitaria está orientada a satisfacer uno o varios bienes humanos básicos; entonces todos los universitarios deben participar en la lucha por los derechos desde sus respectivas artes o ciencias.²

El abogado que lucha por devolver aquello que ha sido injustamente arrebatado, el arquitecto que planifica la vivienda armonizando la comodidad con la utilidad, o el ingeniero que levanta con precisión meticulosa puentes para unir pueblos y costumbres, son una corta pincelada en el amplio lienzo de las profesiones humanas. En particular, corresponde destacar a los médicos que cumplen un rol primordial en la defensa de dos bienes fundamentales: la vida y la salud³.

² TOLLER, Fernando María, *La llamada de los derechos. Espíritu universitario y servicio a los derechos humanos*, Stanford, 2016, (Inédito), p. 1.

³ A lo largo del presente trabajo, siempre que hagamos mención a los profesionales de la salud nos estaremos refiriendo en sentido estricto, a los médicos que ejercen la profesión de manera independiente. Advertirá el lector que en algunas oportunidades traeremos a colación otros modos de ejercicio profesional como por ejemplo, los médicos en instituciones de salud pública. Cuando ello suceda, se hará la indicación que corresponda.

En esta investigación queremos hacernos cargo de ciertas situaciones que se presentan con alguna frecuencia a estos últimos y podrían significar una amenaza para su tarea. En ocasiones excepcionales, los pacientes o el mismo Estado les exigen cubrir prestaciones que por su carácter experimental, su discutida eficacia o por causar daños, a veces irreversibles, no resultan idóneas para tratar una patología o no son conducentes para mejorar la salud. El médico se enfrenta así con la difícil tarea de seguir o rechazar dichas exigencias. Proponemos algunos ejemplos que ilustran la composición de lugar y dan mayor claridad al planteo.

En el marco de la pandemia declarada por la OMS en 2020, se realizaron estudios científicos para encontrar una salida a la emergencia sanitaria. Este escenario condujo a que las fuentes más diversas aportaran propuestas o alcanzasen conclusiones en muchos casos enfrentadas entre sí⁴. La ausencia de evidencia científica que probara el carácter terapéutico de algunos compuestos —como la cloroquina— produjo en los médicos una actitud reticente frente a las solicitudes de los pacientes. En este contexto de incertidumbre clínica, ¿podía un paciente exigir al médico la dosis de un fármaco,

⁴ Por ejemplo, los estudios acerca del valor protector del receptor de acetilcolina nicotínico (Cfr. CHANGUEA, Jean-Pierre *et al.*, “A nicotinic hypothesis for Covid-19 with preventive and therapeutic implications”, *Qeios*, 2020, disponible en <https://doi.org/10.32388/FXGQSB.2> el 15 de agosto de 2022), o los estudios de eficacia de la hidroxiclороquina (Cfr. CHEN, Jun, *et al.*, “A pilot study of hydroxychloroquine in treatment of patients with common coronavirus disease-19 [COVID-19]”, *Journal of Zhejiang University* 46 [2020], pp. 215-219), o los propios de Lopinavir-Ritonavir (Cfr. CAO, Yeming W., *et al.*, “A Trial of Lopinavir-Ritonavir in Adults Hospitalized with Severe Covid-19”, *The New England Journal of Medicine* 382 [2020], pp. 1787-1799).

sin evidencia científica que respaldase su efectividad y seguridad?, ¿podía obligar al médico a prescribirle cloroquina?

Además de los particulares, el Estado participa de estas exigencias infundadas. No podemos olvidar aquella medida judicial que ordenó aplicar dióxido de cloro a un paciente en terapia para combatir su cuadro de COVID⁵. La situación suscita varias preguntas: ¿puede el Estado exigir un tratamiento sin evidencia científica?, ¿qué sucede cuando hay otras alternativas más idóneas a criterio del profesional?, ¿puede la Administración establecer una campaña de vacunación obligatoria de dudosa efectividad y seguridad?, ¿puede el paciente exigírsela al médico? Pensamos que no.

Como todas las disciplinas, la ciencia médica contiene un amplio espectro de tópicos en los que la comunidad científica muestra consenso⁶. Sin embargo, no todas las prestaciones forman parte de este espectro, ni hay univocidad con respecto a su carácter terapéutico. Las psicocirugías, los tratamientos de bloqueo hormonal en menores, la esterilización de pacientes psiquiátricos y algunos

⁵ Cfr. JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL DE FERIA, *L. J. M. c/ Sanatorio Otamendi y Miroli S. A. s/ Amparo de salud*, 2021.

⁶ En palabras de ZIMAN, “[e]l conocimiento científico es el producto de una empresa humana colectiva a la que los científicos hacen aportaciones individuales que la crítica mutua y la cooperación intelectual se encarga de refinar y ampliar. Según esta teoría, el fin de la ciencia es lograr un consenso de opinión racional sobre el ámbito más amplio posible”. ZIMAN, John, *La credibilidad de la ciencia*, Alianza, Madrid, 1981, p. 224.

fármacos como el ibuprofeno de sodio o la talidomida⁷ son ejemplos de ello. En este punto cabe preguntarnos si el paciente puede exigir al médico una cirugía de estas características para tratar, por ejemplo, la esquizofrenia o la depresión⁸. Desde otra óptica: ¿puede el Estado imponer su ejercicio a fin de garantizar el acceso a estas prácticas de dudosa razonabilidad terapéutica?; ¿puede un paciente exigir por su mera voluntad, sin respaldo clínico, una esterilización permanente?; o, como recientemente sucedió en España, ¿puede una mujer exigir deliberadamente al médico, un parto domiciliario sin las condiciones clínicas adecuadas generando un riesgo al *nasciturus*⁹? En todos estos casos consideramos que no.

Antes mencionábamos que el profesional tiene a su cargo solucionar los asuntos de la comunidad y velar por sus bienes más preciados. En el caso de los médicos, el desafío se encuentra en brindar respuestas que conjuguen tres elementos:

⁷ El caso de este fármaco refleja un claro ejemplo en el cual los profesionales reconocen algunos beneficios de su prescripción, pero su utilización no se encuentra normalizada por los recelos que subsisten en ellos. En este sentido, cfr. CHÁVEZ VIAMONTES, José Ángel, *et al.*, "Talidomida, contextos históricos y éticos", *Humanidades Médicas* 9 (2009).

⁸ Conforme la evidencia científica actual, estas patologías son tratadas mediante psicofármacos de probada efectividad clínica.

⁹ Cfr. STC, *L. M. G. C., y otros c/ Autos del 24 de abril y del 15 de mayo de 2019 del Juzgado de Instrucción n. 1 de Oviedo s/ Recurso de amparo n. 6313-2019, Sentencia N.º 66/2022*, 2022.

1. el respeto hacia sí mismo en cuanto persona, científico, profesional y artista¹⁰;
2. el respeto a la autodeterminación del paciente en cuanto agente moral; y
3. la satisfacción de las justas exigencias impuestas por el Bien Común en beneficio de la comunidad.

¿Cómo garantizar estos bienes jurídicos cuando el Estado y los pacientes le requieren tratamientos de dudosa razonabilidad terapéutica? ¿Hay modo de eludir estas exigencias?

Una primera respuesta podría intentarse acudiendo a la objeción de conciencia, la cual permite al médico escudarse de los requerimientos externos para preservar su fuero interno. NAVARRO-VALLS ha señalado que aquella consiste en

la negativa del individuo por motivos de conciencia a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible¹¹.

¹⁰ En este caso, utilizamos el término “arte” como sinónimo de “ciencia práctica”. Etimológicamente, la palabra “arte” proviene del latín *ars*, que es la traducción del griego *techné*. En términos aristotélicos, el artista (causa eficiente) actualiza algo (causa formal) en una materia (causa material) con el fin de alcanzar un bien (causa final). Específicamente en el arte de la medicina, el artista es el médico que actualiza la salud en un cuerpo vivo humano, con el fin de alcanzar el bienestar.

¹¹ NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTINEZ-TORRÓN, Javier, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 12. Con anterioridad, el autor había intentado una definición que nos parece útil pero insuficiente (por los motivos que se verán). En el pasado, la identifiqué como

Si partimos de esta definición, para configurarla sería necesario, por un lado, un claro deber legal opuesto a las convicciones morales y, por otro, motivos de conciencia que la sustenten. De este modo, el valor fundamental del cual parte —y que justifica la objeción— radicaría en el conjunto de valores éticos, morales y axiológicos del sujeto.

Tradicionalmente, en medicina este instituto se ha esgrimido para el rechazo de los pacientes testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre¹², de los profesionales de distintos credos a realizar abortos¹³ o de mujeres musulmanas al uso de indumentaria esterilizada sin el tradicional *chador* (velo islámico)¹⁴. En todos estos casos,

toda pretensión contraria a la ley, motivada por razones axiológicas -no meramente psicológicas- de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento o de aceptarse el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley contraria al personal imperativo ético.

NAVARRO-VALLS, Rafael, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 3ª Ed., 1993, p. 483. En el mismo sentido, cfr. PALOMINO, Rafael, *Las objeciones de conciencia*, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 19 y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, "Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 79 (1992).

¹² CSJN, *Bahamondez, Marcelo s/ Medida cautelar*, Fallos 316:479, 1993.

¹³ CSJN, *F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva*, Fallos 335:197, 2012.

¹⁴ TSJ DE LA RIOJA (ESPAÑA), *María José Muñoz Hurtado s/ Recurso de suplicación*, Sentencia 349/2017, 2017.

las convicciones morales y religiosas de los objetores, fundados en la libertad de conciencia y de religión, fueron determinantes.

Ahora bien, ¿este instituto es adecuado para nuestro planteo? El rechazo de una transfusión sanguínea puede justificarse con la contraindicación para el paciente particular (por ejemplo, un factor sanguíneo incompatible), como por la afectación de sus valores religiosos¹⁵. ¿Ambos casos se resuelven igual?

La transfusión de sangre incompatible, la cloroquina, las psicocirugías, el bloqueo hormonal en menores y la talidomida comparan entre sí *prima facie* reparos no solo de tipo axiológico, ideológico, o religioso, sino principalmente científico. Se refieren a prestaciones de dudosa o nula razonabilidad terapéutica por su valor experimental o por su discutida efectividad. Estas razones pueden ser invocadas por cualquier profesional con independencia de su credo o ideario. Por tanto, no se encontraría (al menos *prima facie*) el elemento que fundamenta y justifica el ejercicio de la objeción. De hecho, en estos casos no parecería que esté en juego la libertad religiosa o de conciencia, sino el ejercicio profesional conforme a la verdad científica. Más aún, podemos intuir que en estos casos, lo que

¹⁵ Los testigos de Jehová no aceptan transfusiones sanguíneas basándose en distintos pasajes de la Biblia. A saber:

“Sólo se abstendrán de comer la carne con su vida, es decir, con su sangre” (Gen IX, 4);

“Por eso dije a los israelitas: «Ninguno de ustedes comerá sangre, no tampoco lo hará el extranjero que resida en medio de ustedes»” (Lev XVII, 12) y;

“Porque la vida de toda carne es su sangre. Por eso dije a los israelitas: «No coman la sangre de ninguna carne, porque la vida de toda carne es su sangre. El que la coma, será extirpado»” (Lev XVII, 14).

corre peligro no es ya el fuero íntimo del médico, sino la salud y la vida del paciente.

Proponer la objeción de conciencia para dar respuesta a nuestro problema nos parece insuficiente y nos suscita muchas inquietudes: frente a un pedido terapéuticamente inapropiado, ¿habría deber de derivar?, ¿la norma que impone el tratamiento sería válida en general, pero inoponible al profesional?, ¿la terapia requerida subsistiría para otros profesionales?, ¿cómo debe actuarse en situación de emergencia o urgencia? Estas preguntas nos llevan a investigar si existe una herramienta que permita al médico ejercer su arte conforme a su *expertise* sin interferencias exteriores, no partiendo de la libertad de religión y de conciencia, sino de la libertad de actuación médica. A este fin, elaboramos y proponemos el concepto de *objeción de ciencia* como categoría distinta de la tradicional *objeción de conciencia*.

2. RELEVANCIA Y ACTUALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

Los descubrimientos de la ciencia, la técnica y la tecnología han ayudado a hacer frente a las acuciantes necesidades de la humanidad. El progreso alcanzado en lo relativo al mantenimiento de la salud y la prolongación de la vida es notorio.

El éxito obtenido en la disminución y erradicación de muchas enfermedades ha producido que la sociedad privilegie a la ciencia médica. Además, su carácter asistencial, nutrido por los saberes que la evidencia aporta y la comunidad científica comparte, contribuye a aumentar ese prestigio. En este sentido, el criterio científico —fiable y empíricamente demostrable— aparece como el primer elemento ordenador de la actividad profesional.

Durante la última pandemia¹⁶, la evidencia científica ha tomado protagonismo en la agenda pública. Rápidamente fue asociada al criterio de validez de las decisiones tanto de los profesionales sanitarios como de las autoridades de gobierno¹⁷. Esto se vio reflejado en tres fenómenos singulares que manifiestan la importancia que se ha dado a la libertad e independencia científica de los médicos:

1. el desarrollo de políticas públicas basadas en evidencia;
2. el establecimiento de comités científicos con intervenciones casi vinculantes en la toma de decisiones; y
3. la conciencia despertada en la ciudadanía de la necesidad de contar con estudios científicos serios para combatir el virus.

Este trabajo fomenta la defensa de la racionalidad científica al tiempo que el estudio de esta libertad resulta imprescindible para evitar que el profesional se transforme en un mero ejecutor de decisiones ajenas (ora del paciente, ora del Estado) reduciéndolo a la categoría de operador técnico, apartado de su criterio científico¹⁸.

¹⁶ Nos referimos a la pandemia del SARS CoV de 2020.

¹⁷ A este respecto el PRIMER SENADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN declaró constitucional la decisión legislativa de establecer la obligatoriedad de la vacuna contra el SARS CoV 2 a partir de constataciones fácticas suficientemente fiables, justificadas sobre la seguridad de la vacunación basada en hechos fiables. Cfr. 1 BvR 2649/21 (2022).

¹⁸ Resulta pertinente traer a colación los peligros que se ciñen en cabeza de los particulares sobre la obediencia ciega a la autoridad. Cfr. BURGER, Jerry M., "Replicating Milgram: Would people still obey today?", *American Psychologist* 64 (2009), pp. 1-11; MILGRAM, Stanley, "Behavioral study of obedience", *Journal of Abnormal and Social Psychology* 67 (1963), pp. 371-378; MILGRAM, Stanley, "Some conditions of obedience and disobedience to authority", *Human Relations* 18

Además, como la libertad de actuación médica hace posible adaptar lo universal y general a lo concreto y particular, el estudio de la *objeción de ciencia* permite dar a los pacientes un rostro humano y no un mero servicio calificado pero indiferenciado e impersonal.

Queremos destacar que la relevancia de la investigación no está dada solamente por los beneficios que ella producirá al libre ejercicio profesional de los médicos. Esto será una consecuencia, pero no será la única. Principalmente, esta tesis permitirá identificar a la ciencia libre como punto de apoyo de tres elementos:

1. la autonomía del paciente,
2. el libre ejercicio profesional y
3. la satisfacción de las exigencias del Bien Común.

Desentrañar el contenido de este eje redundará en beneficios tanto para los pacientes y los médicos, como para el Estado. Permitirá: brindar una atención de calidad asegurando la mejor estrategia terapéutica, reconocer al médico como agente moral capaz de tomar decisiones prudentes y garantizar un ejercicio racional del poder político en beneficio de la comunidad. La investigación y profundización de una categoría distinta a la conocida objeción de conciencia permitirá dar respuesta a las preguntas arriba expuestas y no dejar huérfanos a los profesionales de la salud tornando ilusorio el ejercicio de sus derechos.

Asimismo, consideramos que el estudio que requiere la presente tesis es por demás actual y apropiado para nuestro Estado de

(1965), pp. 57–76; MILGRAM, Stanley, *Obedience to authority: An experimental view*, Harper & Row, New York, 1974 y MILGRAM, Stanley, “Reflections on Morelli’s «Dilemma of Obedience»”, *Metaphilosophy* 14 (1983), pp. 190–194.

Derecho Constitucional. Con esta investigación pretendemos reconciliar al Derecho con la razón práctica (tan aplazada por la tradición iuspositivista legalista) y lograr una justificación racional en el control de la validez de la norma sanitaria. La noción de la *objeción de ciencia* servirá de faro para la barca de la comunidad, que se halla a merced de los borrascosos vientos del voluntarista Estado Legal. Esta luminaria permitirá arribar sanos a las firmes costas del Estado Constitucional, Racional y Personalista de Derecho. No hablaremos ya del triunfo de la voluntad sino del triunfo de la razón.

Por último, consideramos relevante el presente trabajo pues pretende estudiar y exaltar las implicaturas de la libertad profesional (que siempre es humana) con sus consecuencias prácticas. Entre ellas y por antonomasia, la responsabilidad frente a la comunidad y al paciente. Desde esta óptica la libertad siempre es un tema urgente.

3. OBJETIVOS E HIPÓTESIS DEL TRABAJO REALIZADO

A través del presente trabajo buscamos, por un lado, profundizar en la dimensión estrictamente liberal de la profesión médica a partir de sus fundamentos, modos de ejercicio, implicancias y consecuencias prácticas. Por el otro, desarrollar el concepto de *objeción de ciencia* como herramienta de defensa de los derechos del profesional y expansivamente del paciente y de la comunidad ante determinadas situaciones que los amenazan.

El objetivo principal de nuestra investigación consiste en demostrar la existencia de un derecho, que denominamos *objeción de ciencia*, que se encuentra en cabeza de los médicos y es derivación necesaria de la libertad de ejercicio profesional que el propio

ordenamiento jurídico reconoce. Junto con ello, procuraremos desentrañar si la *objeción de ciencia* integra el concepto de la objeción de conciencia, no ya basada en criterios éticos o religiosos de carácter subjetivo, sino en razones científicas y objetivas. Nuestra hipótesis queda planteada de la siguiente manera:

1. La medicina como profesión liberal está regida por el principio de libertad de actuación médica y tiene fundamento en su carácter prudencial, científico, autorregulado e independiente.
2. Estos caracteres son consecuencia del efecto expansivo de la evidencia científica la cual está inscrita en la *lex artis* médica y legitima el contenido del acto médico, objeto propio de la medicina; siendo todo acto no ordenado a aquella, ajeno al arte de curar.
3. Este libre ejercicio de la medicina encuentra limitaciones impuestas por las exigencias del Bien Común, las cuales no pueden desconocer el ámbito de discrecionalidad médica y deben basarse en evidencia científica, pues lo científico se identifica con lo adecuado y con lo razonable de la imposición.
4. En este aspecto, el libre ejercicio profesional trae consigo el deber de obrar diligentemente y con ello una mayor responsabilidad, la cual, por su contenido científico, puede acreditarse de manera objetiva y empírica a partir de elementos contrastables.
5. De lo anterior se desprende que cuando el profesional es compelido por el paciente, superiores o el Estado a realizar actos de dudosa razonabilidad terapéutica, aquél posee una facultad (y en ocasiones un deber) para rechazar la mencionada práctica por razones de carácter científico.

6. Este derecho que denominaremos *objeción de ciencia*, por sus caracteres propios, es una especie distinta a la tradicional *objeción de conciencia*.

4. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

Con esta investigación queremos esbozar una visión equilibrada del Derecho Público. Buscamos conjugar las libertades del ciudadano (ora paciente, ora médico) con las justas exigencias impuestas por el Bien Común, cuya determinación compete responsablemente al Estado¹⁹.

Tratándose de una investigación de Derecho Sanitario, el trabajo adoptará una visión peculiar frente a su objeto de estudio. Por la temática abordada, la tesis tendrá una doble dimensión: por un lado, mostrará elementos propios de la disciplina jurídica y, por otro, los que resultan del ámbito estrictamente científico-médico.

En primer lugar, como pretendemos realizar un aporte al Derecho, desarrollaremos la investigación desde una perspectiva jurídica acudiendo, por tanto, a conceptos e instituciones del Derecho constitucional, administrativo y civil y con alguna remisión al Derecho penal. En este esfuerzo, la exposición tendrá particular anclaje en el Derecho argentino, pero con apertura a otras experiencias foráneas, pues la novedad del concepto nos exige recurrir a procesos

¹⁹ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo *et al.*, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 16.

existentes en distintos sistemas. En esta inteligencia, algunas normas argentinas resultan de ineludible tratamiento. Entre ellas:

1. la Ley 17.132, de ejercicio de la medicina,
2. la Ley 16.463, de medicamentos,
3. la Ley 27.573, de vacunas,
4. la Ley 26.529, de derechos del paciente,
5. la Ley 26.657, de salud mental y
6. los Códigos deontológicos de las provincias.

Sin ser las únicas, estas normas serán especialmente tenidas en cuenta por su conexión con el tema abordado. A este elenco normativo debemos agregar la profusa jurisprudencia, los trabajos de la doctrina sanitarista, así como las leyes, reglamentos y Códigos de Ética de ordenamientos extranjeros. Fuera de las referencias a determinados regímenes jurídicos, resultará menester estudiar este novedoso concepto partiendo de algunos principios fundantes de las relaciones jurídicas. Desde su intrínseca racionalidad y legitimidad, estos principios iluminan y ordenan la objeción de ciencia mostrando su vocación de generalidad y universalidad. Entre ellos encontramos:

1. la razonabilidad,
2. la dignidad de la persona,
3. el sistema de derechos humanos,
4. la responsabilidad,
5. la protección cautelar de bienes humanos básicos,
6. la subsidiariedad,
7. el personalismo,
8. la autonomía de la voluntad,
9. la legitimidad de los actos de gobierno y
10. el principio precautorio.

El análisis de estos principios posibilitará trasladar el instituto estudiado —con las debidas adaptaciones— a otros sistemas jurídicos, pues no resulta patrimonio exclusivo de una determinada comunidad política.

En segundo lugar, esta tesis se encuentra abierta a la medicina y a la bioética, pues, como se ha explicado, su objeto de estudio es una realidad médica. Advertirá el lector que aparecen remisiones a fuentes de estas materias, las cuales han sido seleccionadas por su representatividad científica. A estos efectos, hemos tenido particularmente en cuenta:

1. la trayectoria y prestigio de sus autores,
2. las instituciones involucradas,
3. las veces que han sido citadas en otros trabajos,
4. la autoridad y prestigio de las revistas o editoriales donde fueron publicados y
5. su influencia en el debate público.

Probablemente, una imagen plástica pueda expresar con mayor claridad lo que hemos expuesto precedentemente. En el cuadro *Un episodio de la fiebre amarilla en Buenos Aires* Juan Manuel Blanes ilustra una mujer que yace muerta en el suelo, un niño abandonado buscando alimentarse de su pecho y dos figuras públicas que miran atónitos la habitación. Los dos señores que con gravedad dominan la escena son José ROQUE PÉREZ y Manuel Gregorio ARGERICH. El primero de ellos, abogado, presidente de la Comisión Popular de Salud Pública durante los años de la fiebre amarilla y el segundo, médico, profesor de cirugía. Ambos morirían unos meses más tarde después de perpetrar la visita a la casa de Ana BRISTIANI (mujer tendida en el piso) situada en Balcarce 384, en el barrio San Telmo.

La presencia de ambos personajes es por demás elocuente: las dos figuras son necesarias para comprender acabadamente el fenómeno de la epidemia de 1871. Si el hombre de ciencia es imprescindible para aportar el conocimiento y las terapias útiles, el letrado también lo es para hacer efectiva la ayuda sanitaria con el brazo de la ley.

Por último, deseamos explicitar que nuestra investigación parte de un análisis *realista* del fenómeno médico. Como en el cuadro, por momentos centraremos la mirada en el profesional de la salud. La observación del ejercicio de la medicina liberal nos llevará a analizar con profundidad sus características y particularidades. Posteriormente, una vez conocido el fenómeno, giraremos la vista hacia el letrado. Nos remontaremos a los principios jurídicos que regulan su actividad y, en un tercer nivel, a los principios meta positivos que subyacen en ella y a los cuales remite el ordenamiento. En cualquier caso, no podemos desentendernos del uno ni del otro.

Este modo de analizar la temática responde a nuestra posición frente al incipiente Derecho sanitario y, en definitiva, de todo el mundo jurídico. Buscamos plantear una postura equilibrada entre dos visiones habitualmente enfrentadas entre sí. Por un lado, la de un sistema rígido, cerrado, custodiado dentro de los muros que levanta la seguridad jurídica, que percibe el Derecho como un conjunto de normas lógicamente ordenadas, con capacidad autoinmune para subsumir todos los casos en la norma general. Por otro, una mirada problemática del Derecho que entiende a este último como el conjunto de problemas que son resueltos con justicia. Este sistema, más poroso, permeable, flexible y prudencial se remonta a los mismos orígenes de la tradición jurídica, siendo probablemente la figura del pretor su mayor exponente.

Ahora bien, ambas miradas son capaces de confluir en un punto: el caso. Allí, las miradas de lo sistémico y lo problemático se encuentran. Se advierte que cada una tiene un valioso aporte para realizar en la búsqueda de lo verdaderamente justo. Desde esta perspectiva, el rol del jurista y del médico no consiste en aplicar normas técnicas con gran acierto. Su principal función es resolver problemas con criterios racionales que —en gran medida— encuentran antecedente en esas normas generales y abstractas. En todos los casos, sea que ponderen el criterio de lo justo o de lo terapéutico, ambos utilizan elementos racionales para prevenir, remediar y curar un gran elenco de problemas humanos.

Desde nuestra perspectiva, estamos convencidos que la visión sistémica del Derecho puede aportar muchos elementos racionales y transmitir la tradición médico-jurídica recogida a lo largo de los años. Sin embargo, este modelo no puede pretendidamente ofrecer la justicia en holocausto a la hora de resolver un caso concreto. Al contrario, la legitimidad de todo el sistema jurídico y la confianza social que genera se mide por su capacidad de brindar soluciones de justicia a casos específicos, a problemas concretos, a personas con nombre y apellido. Por estos motivos, nos hemos sentido especialmente inclinados a profundizar en los casos jurisprudenciales, en la naturaleza de la actividad, en la experiencia y tradición recogida en los Códigos Deontológicos y en las distintas fuentes sanitaristas que nos brindan elementos valiosos para ponderar la investigación desde una mirada fenomenológica.

5. ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA DE LA TESIS

La presente investigación ha sido articulada en dos Partes — con siete y cinco capítulos respectivamente— y un apartado de conclusiones y reflexiones finales. A lo largo de toda la obra el lector descubrirá treinta interrogantes que buscamos responder. Estas *cuestiones* servirán de hilo conductor para guiar la lectura de todo el trabajo. Para una mejor comprensión del fenómeno estudiado cada capítulo tendrá un brevísimo acápite en el que se expondrán las conclusiones del tema tratado.

La primera parte se destinará a analizar la libertad de actuación médica. A lo largo de esas páginas veremos cómo aquella configura el presupuesto básico para el ejercicio de la ciencia y la profesión (primer capítulo). Estudiaremos el concepto, naturaleza y contenido esencial de esta libertad (segundo capítulo). Abordaremos las características y elementos esenciales del acto médico, en tanto objeto de la relación sanitaria y concreción de ella (tercer capítulo). Trataremos su despliegue en la relación sanitaria y cómo se conjuga con la libertad de elección de tratamientos del paciente (cuarto capítulo). Profundizaremos en las limitaciones a las se encuentra sujeta por las exigencias del Bien Común, haciendo especial mención de las prestaciones obligatorias en la práctica médica (quinto capítulo). Ahondaremos en el carácter autorregulado de la medicina y la autoridad natural en la determinación del contenido de las prestaciones, así como del control sustantivo del ejercicio de la libertad de actuación (sexto capítulo). Por último, abordaremos la contracara de esta libertad específica, la responsabilidad profesional, a fin de identificar qué se entiende por su correcto despliegue, con qué criterios se la juzga y cuándo habría un ejercicio abusivo (séptimo capítulo). En todos los capítulos traeremos a colación ejemplos de

otras disciplinas afines a la materia estudiada para ilustrar la verosimilitud de la tesis propuesta y su analogía con otros institutos del Derecho.

Habiendo pasado revista a las implicancias y consecuencias que trae aparejado el libre ejercicio profesional, nos adentraremos de lleno en la segunda parte de la investigación para profundizar en el novedoso concepto de la objeción de ciencia. Para ello, al inicio de esta segunda parte, daremos visibilidad a algunos casos paradigmáticos que se han suscitado alrededor de la libertad de actuación y que problematizan la ciencia y la profesión médica (octavo capítulo). Inmediatamente después recogeremos las distintas conceptualizaciones que se han realizado de la objeción de ciencia desde la bioética, las ciencias de la salud y la doctrina jurídica, al tiempo que propondremos una definición propia (noveno capítulo). Con posterioridad, repasaremos los distintos ordenamientos en donde la objeción de ciencia se encuentra reconocida (décimo capítulo). Luego, haremos un estudio exhaustivo de la naturaleza jurídica del mencionado instituto, relacionándolo con figuras afines tales como la desobediencia civil, la *junk science clause* y otros modos de objeción, dedicándole un acápite especial y más extenso a la comparativa con la tradicional objeción de conciencia (decimoprimer capítulo). Por último, analizaremos cada uno de los elementos que componen el contenido esencial del derecho a la objeción de ciencia (decimosegundo capítulo).

Para finalizar la tesis, expondremos las conclusiones.

En todos los casos, siempre que utilicemos los términos libertad de actuación y objeción de ciencia, nos estaremos refiriendo a su aplicación en la profesión médica. Cuando sea necesario predicar

estos conceptos para otras disciplinas, se hará la indicación correspondiente.

6. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES PREVIAS PARA LA LECTURA DE LA TESIS

Durante el proceso en Jerusalén contra Adolf EICHMANN, Hannah ARENDT se conmovía al revisar las respuestas automáticas del burócrata nazi dejando en evidencia la *banalidad del mal*. Allí advirtió dos cosas: primero, que por su incapacidad de pensar y de juzgar por sí mismo EICHMANN había abandonado, en alguna medida, su condición de persona humana. Segundo, en relación con sus propias observaciones sobre el criminal nazi, se dio cuenta que manifestar una mirada distinta a la opinión pública, a lo políticamente correcto, puede traer aparejados muchos inconvenientes. Hoy más que nunca estas enseñanzas no pueden ser olvidadas. En los oídos de todos los miembros de la comunidad, pero en especial de los profesionales, debería resonar la voz interior que clama por una opinión libre e independiente.

La objeción de ciencia es un puente que une dos culturas. Es una institución moderna y posmoderna, a la vez. Es moderna porque se centra en la razón científica, elemento clave de la modernidad. Y es posmoderna porque atiende a situaciones singulares y concretas, a la individualidad del profesional médico, a su ciencia y conciencia subjetiva, pero fundada en elementos ciertos y objetivos. En este sentido, la objeción de ciencia permite mantener siempre vigente las conquistas que nos obtuvo la pionera modernidad.

Asimismo, es una institución latente en nuestro ordenamiento a la cual esta tesis pretende darle visibilidad y *status* jurídico propio,

como concepto novedoso y de vanguardia. Convivimos con ella y nos refugiamos bajo su amparo inconscientemente. Es un contenido implícito de varios derechos humanos y principios constitucionales que fundan nuestro sistema político y jurídico. En el marco de un Estado de Derecho Constitucional, su reconocimiento expreso resulta necesario e inexorable.

PRIMERA PARTE

LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN EN EL EJERCICIO LIBERAL DE LA MEDICINA



CAPÍTULO I

LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA COMO NOTA DISTINTIVA DE LA PROFESIÓN MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

La medicina se ubica dentro de las llamadas profesiones liberales. Junto a ella encontramos —entre otras— a la abogacía, la ingeniería, la arquitectura y la economía. La Ley 17.132 define a la profesión médica como el arte de

anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto [...] en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas; el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los profesionales.

A través de las siguientes páginas queremos formular y responder los primeros tres interrogantes que servirán de hilo conductor a lo largo del capítulo:

- §. 1. ¿qué rol ocupa la libertad de actuación médica en la ciencia y la práctica de la medicina?,
- §. 2. ¿sería apresurado sostener que la libertad de actuación médica es una nota distintiva de la medicina como ciencia y profesión? y,
- §. 3. si esto fuera así, ¿qué implicancias traería aparejada esta afirmación?

2. EL CONTEXTO MÉDICO: LA REALIDAD SANITARIA ES COMPLEJA

En nuestra experiencia cotidiana advertimos que la realidad es compleja. Existe una gran cantidad de problemas que se presentan a diario en los que el pensamiento intuitivo o el sentido práctico resultan insuficientes para tomar decisiones efectivas. El comportamiento de los mercados, los vaivenes políticos, las negociaciones entre gremios y corporaciones son solo algunos ejemplos que manifiestan el complejo entramado de relaciones y conflictos que se generan en las sociedades actuales. Al igual que un labriego, descubrimos que incluso el conocimiento de nuestro *mundillo familiar* es incompleto y en la cotidianidad vamos encontrando nuevas quebradas que —aunque siempre estuvieron en la viña— pasaron desapercibidas frente a nuestros ojos²⁰. Hoy más que nunca, la realidad se nos muestra tan sofisticada que es necesario contar con conocimientos especializados para comprenderla con plenitud y profundidad. Esta

²⁰ Para explicar el concepto de “mundillo familiar” recomendamos la lectura de AFTALIÓN, Enrique *et al.*, *Introducción al Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, 3ª Ed., p. 24.

complejidad ha sido objeto de diversos estudios y ha preocupado a los académicos que buscan analizarla e interpretarla²¹.

El ámbito médico no escapa a este fenómeno. Ya en 2001, el Código de Ética para el Equipo de Salud de la AMA reconocía que “[e]l carácter técnico, las posibilidades limitadas y la progresiva democratización socializante de la asistencia del enfermo...” eran algunos motivos de complejidad en esta ciencia²². Con los siguientes puntos queremos esbozar algunas manifestaciones más, que provienen del sujeto productor del acto médico, del sujeto receptor y del estado de la ciencia, la técnica y la tecnología. Como advertirá el lector, estas características provocan que, algunas veces, la solución del caso concreto no se presente de manera clara y distinta.

a. LA COMPLEJIDAD EN RAZÓN DEL PRODUCTOR DEL ACTO MÉDICO

El Derecho reconoce distintos fenómenos de la realidad. Algunos cuyas operaciones son necesarias e inevitables por su propia naturaleza: el movimiento de los astros, el deterioro de una edificación, el ciclo de vida de los animales, etc.; y otros que siguen una suerte

²¹ Cfr. ESPINOZA MONTES, Ciro, “¿Cómo observar la realidad compleja?”, *Horizonte de la Ciencia* 2 (2012), pp. 33-38; ZOLO, Danilo, *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1994, pp. 17-18; BONILLA SÁNCHEZ, Juan José, “La objeción de conciencia del personal sanitario ante los avances de las ciencias de la vida”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 132 (2011), p. 979. Otras nociones de “complejidad” pueden verse en GARCÍA PELAYO, Manuel, “El aumento de la complejidad estatal” en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, en Obras completas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Tomo II, pp. 1719-1739.

²² AMA, CEMES, p. 29.

distinta, pues sus acciones son producto de decisiones libres y contingentes. El sujeto por antonomasia de este segundo grupo es la persona humana, poseedora de discernimiento, intención y voluntad. Más allá que la contingencia puede predicarse de todo el género humano, queremos mostrar cómo se manifiesta en el profesional de la salud y contribuye a complejizar la materia médica.

En una vista panorámica la contingencia se advierte ya en el plano estructural. Existen un sinnúmero de relaciones que se entablan libremente entre los profesionales: las que se producen entre las entidades de salud privadas y las públicas, el ejercicio liberal de la profesión y la subordinación en los centros de atención, los deberes de colegiación, entre otros.

Desde la perspectiva del médico, las relaciones con los colegas y pacientes es variopinta y las figuras asociativas acarrear funciones y responsabilidades distintas. Por ejemplo, el ejercicio de la profesión en un sanatorio privado diferirá en muchos aspectos de aquél realizado en un hospital público. El oficio individual de la medicina en la soledad del consultorio será distinto al de un trabajo interdisciplinario en un equipo dentro de una organización de mayor tamaño. Estos modos de ejercicio de la medicina aportan particularidades que abonan la complejidad de la materia y demandan un abordaje especial.

A su vez, en un nivel individual, el médico como agente moral posee una biografía que viene acompañada de valores, creencias y experiencias. Entender al profesional de la salud como un mecánico ejecutor de órdenes significaría desconocer su libertad ontológica más profunda. No es aplicable a ellos el epíteto de seres inanimados

con el que MONTESQUIEU calificaba a los jueces²³. Al contrario, en la toma de decisiones el profesional realiza una tarea en su condición personalísima actualizando ese conjunto de valores psicológicos, axiológicos y religiosos. En cierta medida, esta caracterización lo transforma en un artista cuya obra no puede identificarse con un producto repetible e indiferenciado sino único.

b. LA COMPLEJIDAD EN RAZÓN DEL DESTINATARIO DEL ACTO MÉDICO

Desde la perspectiva del paciente la complejidad y la contingencia se advierten en el plano terapéutico. Como el destinatario de las prácticas médicas no es un objeto inerte, responde de manera singular a los tratamientos propuestos. Probablemente, el histórico aforismo “no hay enfermedades sino enfermos” que la sabiduría popular ha hecho propio ilustra esta realidad.

En la práctica médica el paciente responde aceptando o rechazando las terapias ofrecidas por el profesional. Sin agotar la enunciación, entre los motivos de rechazo encontramos: las razones subjetivas que pueden ser hasta caprichosas, las creencias religiosas, las circunstancias familiares, la incompatibilidad con su proyecto vital, etc. Como se abordará en los capítulos siguientes, admitir esta facultad significa reconocer al paciente como verdadero agente moral. Por esta razón, a la hora de optar por una estrategia terapéutica resultará necesario un diálogo constante entre la *expertise* del profesional y las disposiciones del paciente.

²³ Cfr. MONTESQUIEU, “L'Esprit des Lois et la querelle de l'esprit des lois, 1748-1750”, en id., *Oeuvres complètes*, Ed. du Seuil, París, 1964, pp. 586-589.

En otras ocasiones, la respuesta positiva o negativa no dependerá de su elección consciente, sino de sus antecedentes clínicos. Estos producen un estado médico particular, distinto al de otros enfermos, y hace que cada caso sea distinto. De tal manera que, terapias útiles para determinados pacientes no son apropiadas para otros, aun cuando la bibliografía científica y la *praxis* médica tuvieran razones de conveniencia para la generalidad de los casos. En este aspecto, existe un alea que hace desconocer el resultado final de un tratamiento y cómo influirá determinada medicación en el paciente singular.

C. LA COMPLEJIDAD EN RAZÓN DEL DIAGNÓSTICO MÉDICO

Desde la perspectiva del cuadro clínico, la complejidad aparece en la multicausalidad de los factores que intervienen en toda patología. En cada caso confluyen simultáneamente múltiples variables. Incluso cuando la causa principal de la disfunción está claramente identificada, desencadena una sucesión de eventos que torna dificultoso su abordaje²⁴.

La CSJN ha tenido oportunidad de expedirse al respecto en la causa *Peralta*²⁵. Allí menciona que la

²⁴ Con relación al concepto de causalidad en medicina, el mismo no se encuentra zanjado y los autores han intentado diversas explicaciones para su abordaje desde la ciencia y la filosofía. Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Héctor y PÉREZ CAMPOS, Eduardo, "Causalidad en Medicina", *Gaceta Médica de México* 140 (2004), p. 467 y ss.

²⁵ CSJN, *Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y otros s/ Recurso de hecho*, Fallos 325:677, 2002.

prueba del actuar médico suele ser una tarea extremadamente dificultosa, ya que por lo general se trata de una suma de diferentes hechos que tienen conexión causal unos con otros, en donde no es sencillo fijar con exactitud cuál de ellos fue el generador directo del daño.

De la misma manera que la *concausalidad* en los antecedentes dificulta conocer con exactitud cuáles fueron los hechos generadores del daño, el conocimiento de su interacción e influencia en cada patología también resulta especialmente costoso. En este punto el aporte científico de los médicos es fundamental, pues su conocimiento, capacitación y adiestramiento permiten aportar luz a la incertidumbre.

d. LA COMPLEJIDAD EN RAZÓN DE LA EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA

Otro factor que complejiza la materia es la rápida y acelerada evolución de la técnica y la ciencia. Estamos inmersos en una civilización científica y todas las parcelas de nuestra vida se ven impregnadas por su progreso²⁶. El hombre no queda indiferente ante ese progreso pues, en gran medida, el conocimiento que utilizamos a diario se basa en él. Más aún, podemos afirmar con ARTIGAS que esos adelantos influyen fuertemente en nuestro modo de pensar y valorar las cosas²⁷.

²⁶ Cfr. ARTIGAS, Mariano, *Filosofía de la Ciencia*, EUNSA, Navarra, 1999, p. 172.

²⁷ *Ibid.*, p. 175.

El perfeccionamiento de la ciencia y de la técnica ha permitido a la sociedad erradicar enfermedades, mejorar la calidad de vida de los pacientes con afecciones crónicas y realizar intervenciones quirúrgicas encontrándose los profesionales a cientos de kilómetros gracias a la incipiente *telecirugía*. La volatilidad de estos avances es una característica propia de las sociedades posmodernas. Cada vez con mayor rapidez aparecen nuevas técnicas que se incorporan a las prácticas habituales de la medicina. En este contexto, una formación continua es necesaria para brindar tratamientos altamente sofisticados y hacer llegar los adelantos científicos al mayor número de pacientes.

Asimismo, la abundancia de estudios académicos sobre distintas terapias ha generado una hipertrofia informativa con la que los profesionales deben lidiar. Muchas veces los mismos pacientes, motivados por el asombro y el gusto por conocer, proporcionan al profesional los novedosos estudios. Este fenómeno que algunos autores han llamado *infodemia*²⁸, tiende a complejizar el abordaje de la medicina generando prevenciones en los profesionales que se encuentran con un escenario incierto cuando no inverosímil. En este complejo contexto, la medicina viene humildemente²⁹ a dar respuesta en cada práctica que realiza el profesional médico.

²⁸ RIVAS LINARES, Ángel Eduardo, "Infodemia: una avalancha de información frente a nosotros", *Universidad de Piura*, Perú, Artículo de opinión, 2020, disponible en <https://www.udep.edu.pe/hoy/2020/09/infodemia-una-avalancha-de-informacion-frente-a-nosotros/> el 11 de octubre de 2022.

²⁹ Cfr. DE BROGLIE, Louis, *Physiscs and Microphysics*, traducción de DAVIDSON, Martin, Panteon Books, Nueva York, 1955, p. 84.

3. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA MEDICINA COMO RAMA DEL SABER

Ya ARISTÓTELES sostenía que para juzgar correctamente es necesario haberse entrenado en una determinada materia y tener un conocimiento concreto de aquella. A tal punto, expresaba el filósofo, que pretender que un matemático hable para convencer es como pedir demostraciones a un orador³⁰. Como rama del saber la medicina asume la complejidad y propone a sus profesionales un modo específico de conocer y resolver estos problemas distinto al de otras disciplinas.

Epistemológicamente, la medicina es una ciencia autónoma. Su independencia está dada por los principios y métodos de su ciencia y dentro de las exigencias de la verdad y del Bien Común. Como hemos dicho en la Introducción, descubrir ese *modus cognoscendi* nos permitirá entender el fenómeno médico y, a continuación, emprender nuestro abordaje jurídico³¹. Dicho en otras palabras, familiarizarnos con el modo que la medicina conoce y aborda la complejidad nos permitirá entrar en su lógica, sus caracteres, sus fines, y proponer un tratamiento jurídico más adecuado a su naturaleza.

Debemos adelantarnos a un punto relevante: el encasillamiento del conocimiento científico dentro de determinada rama o disciplina particular no deja de tener un alto contenido convencional. Incluso las conceptualizaciones que tienen mayor consenso

³⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, I, 3, 1094b-1095a.

³¹ Cfr. de este trabajo, *Relevancia...*, 4.

racional siempre se encontrarán inconclusas pues esta labor es verdaderamente enciclopédica. No pretendemos en este punto realizar un desarrollo metodológico exhaustivo de la medicina, ni del conocimiento científico en general. Procuramos en cambio esbozar algunas consideraciones filosóficas y científicas que sirvan como antecedente para comprender el objeto de esta tesis, que es jurídico. En este sentido, las conclusiones sobre esta materia no se encuentran cerradas, pero gozan de gran consenso en la comunidad filosófica y científica.

a. ¿QUÉ TIENE PARA DECIR LA FILOSOFÍA SOBRE LA CIENCIA MÉDICA?

Las ciencias sapienciales —como la metafísica y la filosofía— adoptan una visión omnicompreensiva del conocimiento y permiten delimitar el carácter de las demás ciencias, integrándolas de manera unitaria en el conjunto del saber³². En cambio, las ciencias particulares —verdaderamente numerosas— circunscriben su objeto a una porción de la realidad, extendiéndose tanto al ámbito humano como al natural. En estas últimas encontramos a la medicina.

Entre las distintas clasificaciones del gran ámbito de las ciencias particulares, ARTIGAS propone una primera división a partir del objeto de estudio. Según este criterio, descubrimos a aquellas que estudian entidades mentales (formales) y las que se ocupan de hechos de la realidad (empíricas). A diferencia de las primeras, que analizan los entes y las relaciones de razón, las segundas se enfocan en los hechos de la realidad como la vida, la salud, las enfermedades

³² Cfr. ARTIGAS, Mariano, *Filosofía...*, p. 134.

y la muerte del ser humano; hechos que no solo existen propiamente en nuestra inteligencia sino también en el mundo exterior. Mientras la lógica y la matemática se encuentran dentro del primer grupo, la medicina se ubica en el segundo³³.

Por otro lado, a partir de los efectos ZEGARRA MULANOVICH distingue las ciencias especulativas de las prácticas³⁴. Mientras las primeras procuran conocimientos que reflejan la realidad, pero sin construirla, las segundas consisten en un *saber hacer* distintas cosas. En este último grupo encontramos a la medicina que procura generar conocimientos controlables orientados al logro de un fin práctico guiado por la virtud de la prudencia: prevenir enfermedades, conseguir formas de tratamiento y lograr un estado de plenitud en el paciente.

Es cierto que, aunque la medicina sea una ciencia práctica, no deja de asistirse de conocimientos especulativos. Sin embargo, a diferencia de las ciencias especulativas como la física no aplicada o la matemática, la medicina no se limita al plano de la mera abstracción; por el contrario, está centrada en el estudio de la verdad orientada a producir efectos en el mundo exterior, en concreto, en la salud de los pacientes.

Si la medicina es ciencia empírica por la naturaleza de su objeto y práctica por los efectos que produce, también es considerada experimental por el modo de adquirir el conocimiento. Sostiene

³³ Ibid., p. 136.

³⁴ Cfr. ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro, *Descubrir el Derecho: las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra Editores, Lima, 2009, p. 29.

ARTIGAS que “lo característico de la ciencia experimental es la exigencia de que sus contenidos teóricos estén relacionados de algún modo con el control experimental”³⁵. Por antonomasia, el modo de conocer de estas ciencias es la observación de fenómenos; lo que resulta de ellos es reducido a explicaciones escritas y luego volcado en publicaciones. De esta forma, los datos obtenidos, proporcionados por los sentidos y traducidos en razonamientos, pasan a conformar el fundamento de posteriores investigaciones.

Por último, valga algún comentario —desde la Lógica— sobre la adquisición del conocimiento médico. La experiencia ordinaria enseña que al momento de tomar una decisión los médicos no solo ponderan elementos clínicos. A la hora de decidir, entre los factores que se analizan, encontramos:

1. el conocimiento biomédico específico que corresponde a la patología o el cuidado y promoción de la salud,
2. las normas éticas y deontológicas que regulan la disciplina,
3. los principios bioéticos de confianza, autonomía, identidad y pertenencia (entre otros),
4. la responsabilidad profesional agravada por el estado de indefensión e incapacidad relativa del paciente,
5. la limitada cantidad de recursos disponibles para atender todos los casos,

³⁵ ARTIGAS, Mariano, *Filosofía...*, p. 161.

6. las obligaciones asumidas contractualmente (si fuera el caso) y
7. las leyes generales relacionadas con la muerte digna, eutanasia, medicina innecesaria, derechos del paciente, etc.

Por su complejidad y las variables que debe atender el profesional, el ejercicio de la actividad médica implica el análisis de proposiciones complejas³⁶. Esto acarrea un modo específico de toma de decisiones que no se satisface apelando a un silogismo categórico³⁷. Antes al contrario, el modo de tomar decisiones se traduce en silogismos compuestos³⁸.

Este fenómeno no es privativo de la medicina. En la mayoría de los casos de la ciencia jurídica la complejidad e imperfección formal del texto normativo y la diversidad de operaciones que tiene que realizar el aplicador del Derecho hacen desechar la idea de un sistema de normas del que se pueda deducir lógicamente la solución de un determinado caso³⁹. Desde esta perspectiva, la medicina se muestra como una actividad racionalmente compleja.

³⁶ Cfr. SANGUINETTI, Juan José, *Lógica*, EUNSA, Navarra, 2002, 6ª Ed., p. 119.

³⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 133.

³⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 141.

³⁹ Cfr. AARNIO, Aulis *et al.*, "The Foundation of Legal Reasoning", *Rechtstheorie* 12 (1981), p. 274 y ALEXY, Robert *et al.*, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

b. ¿HAY RAZONES PARA CONFIAR EN LA CIENCIA MÉDICA?

Una de las características más sobresalientes de la ciencia experimental (en particular las naturales) es su aptitud para generar parámetros repetibles. Esto se debe a que los fenómenos de la naturaleza —entre ellos los relacionados con el mundo de la salud— tienen un dinamismo propio que se despliega a través de una variedad de procesos, de acuerdo con pautas estructurales de espacio y tiempo⁴⁰; por ejemplo: el ciclo de encubado de un virus, el envejecimiento celular, las reacciones químicas que se desencadenan en el organismo, etc. Estos parámetros repetibles, que se expresan en términos de relación o correlación causa-efecto, hacen posible predecir con cierta aproximación un resultado esperado⁴¹. Gracias a este valor predecible y contrastable⁴² la medicina actual goza de una vasta confiabilidad social. La experiencia acumulada a lo largo de los años ha promovido la autoridad y el prestigio de la ciencia médica: el desarrollo de la epidemiología, el descubrimiento de la penicilina, la erradicación de enfermedades por medio de políticas públicas de

⁴⁰ Cfr. ARTIGAS, Mariano y SANGUINETTI, Juan José, *Filosofía de la Naturaleza*, Pamplona, EUNSA, 1989, p. 39.

⁴¹ Estas predicciones se hacen principalmente basándose en datos o hechos antecedentes. No obstante, estas predicciones no son un dato (ni una inferencia objetiva de un hecho en base a datos observados) hasta tanto dichos actos ocurran. Por tanto, no es posible hablar estrictamente de una objetiva “predicción de resultados” hasta que los resultados ocurran, pues su objetividad será reconocida cuando el fenómeno predicho suceda. Así se entienden las palabras de ARTIGAS acerca del valor fiable de la ciencia empírica a partir de su predecibilidad. Cfr. ARTIGAS, Mariano, *Filosofía...*, p. 255.

⁴² Cfr. ARTIGAS, Mariano, *Filosofía...*, p. 257.

vacunación y la prolongación del promedio de vida de la población son sólo algunos ejemplos de ello.

Asimismo, esta fiabilidad radica en su carácter objetivo. La experimentación permite generar un ambiente controlado y conseguir resultados repetibles, con independencia del científico que los produce. Dicho de otro modo, la fiabilidad de la ciencia experimental está refrendada por la validez intersubjetiva del conocimiento creado, distanciado de su autor.

c. ¿QUÉ LIMITACIONES TIENE LA VERDAD CIENTÍFICO-MÉDICA?

Más allá del carácter fiable de la ciencia experimental, no puede identificarse míticamente⁴³ a la medicina con un conjunto de verdades definitivas, comprobadas por la experiencia. Ello significaría desconocer su contrastabilidad. Antes al contrario, por esta característica, la verdad médica es en esencia falsable⁴⁴. De hecho, para que una teoría resulte admisible se exige que a partir de ella se puedan deducir una serie de consecuencias experimentalmente controlables. Estas teorías, que consiguen aceptación universal durante un tiempo y proporcionan modelos y soluciones a la comunidad científica, pueden ser desechadas frente a nuevas evidencias.

⁴³ Cfr. PEYRANO, Jorge W., "Sobre la prueba científica", *Ius et Veritas* 35 (2007), pp. 108-113.

⁴⁴ Cfr. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducción al español de Carlos SOLÍS, Buenos Aires, 1977, p. 103.

Por otro lado, la verdad científico-médica tiene un valor contextual. Esto significa que sus enunciados son producto de un ambiente, método y problema determinado. Las condiciones de estudio y ejercicio, la selección del problema y los objetivos, las circunstancias de investigación, las motivaciones del profesional de la salud y las condiciones personales del paciente son algunos ejemplos de esta *contextualidad*. Compartimos con ARTIGAS que esta limitación no significa que sus postulados sean relativos sino auténticamente verdaderos⁴⁵, pues lo contrario llevaría a considerar falso el conocimiento científico. Probablemente el carácter contextual de la ciencia manifiesta, una vez más, la evidente limitación que posee toda actividad humana.

Asimismo, resulta inexorable que toda teoría científica —incluso las empíricas— parta de fundamentos *a priori* que el científico asume como verdaderos. Así, en palabras de HÜBNER,

[n]i los enunciados básicos en la ciencia, ni las leyes naturales, ni los axiomas que pertenecen a las teorías, pueden ser fundamentados sin preceptos *a priori*. Necesitamos de tales preceptos cuando efectuamos mediciones con instrumentos, cuando formulamos leyes naturales en forma de funciones, cuando basamos una teoría sobre axiomas, cuando estipulamos reglas para la aceptación o refutación de teorías, y cuando definimos normas para distinguir la ciencia de otras clases de interpretación del mundo⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. ARTIGAS, Mariano, *Filosofía...*, p. 169.

⁴⁶ HÜBNER, Kurt, *Crítica de la razón científica*, Alfa, Barcelona, 1981, p. 115.

Estos principios son premisas, enunciados de carácter necesario⁴⁷ y en el ejercicio de la medicina los médicos deben acudir con frecuencia a ellos. Por mencionar alguno, encontramos el concepto de salud entendida como “un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad”⁴⁸. El profesional, al momento de ejercer su arte, se apoya indefectiblemente en este concepto⁴⁹. Así, a partir de la idea que el médico tenga del concepto de salud, las circunstancias sociológicas, económicas o culturales podrán ser relevantes a la hora de determinar la enfermedad. Lo mismo puede sostenerse acerca de los instrumentales utilizados, la formación recibida con anterioridad, etc.

Propiamente, estos conceptos *a priori* no son objeto de estudio de la medicina, aunque constituyan sus premisas necesarias. Por ejemplo, la ciencia médica supone que existe un orden natural cognoscible a través de la experimentación. Esta premisa, antes filosófica que científica, es un presupuesto necesario para toda

⁴⁷ Cfr. SANGUINETTI, Juan José..., p. 213.

⁴⁸ Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional en Nueva York entre el 19 y el 22 de junio de 1946.

⁴⁹ No queremos dejar de mencionar que un sector de la doctrina médica ha presentado sus objeciones con relación al concepto de salud proporcionado por la OMS y que en el trabajo se ha hecho mención. A mayor abundamiento, se puede consultar ALCÁNTARA MORENO, Gustavo, “La definición de salud de la OMS y la interdisciplinariedad”, *Gaceta Médica de México* 140 (2004), p. 93. Pueden verse más desarrolladas algunas ideas de este apartado en PARDO, Antonio, “¿Qué es la salud?”, *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra* 41 (1997), pp. 4-9. También pueden verse otras consideraciones y dificultades epistemológicas sobre el concepto de salud en III.3.a de este trabajo.

investigación sin la cual no sería posible el trabajo profesional. Sin embargo, la medicina tiene la tarea de justificar, ampliar y precisar esos supuestos; y es en ello donde radica su éxito.

Por último, no podemos desconocer el carácter parcial de la verdad científica. Por su condición de ciencia particular, la medicina procura una imagen y análisis de la realidad acotada a su objeto de estudio. Las disciplinas sapienciales —como la filosofía de la naturaleza— buscan explicaciones holísticas de la realidad y se refieren al “ser” y a los “modos de ser” de las entidades y procesos naturales. Por el contrario, las ciencias particulares determinan una parcela de la realidad y del conocimiento. La medicina busca explicaciones de los casos clínicos en términos de otros fenómenos para los cuales adopta un punto de vista particular. Por tanto, todo conocimiento científico —y en nuestro caso, médico— en este sentido, es parcial⁵⁰.

A la luz de estas consideraciones, se desprende que el conocimiento científico-médico es limitado pero perfectible. Esto no significa necesariamente que sea un conocimiento erróneo o falso, sino que admite “diversos grados de certeza”⁵¹.

⁵⁰ Cfr. SANGUINETTI, Juan José..., p. 200. También puede sostenerse con ARTIGAS que el carácter parcial de la ciencia médica proviene de su naturaleza contextual. Cfr. ARTIGAS, Mariano, *Filosofía...*, p. 233.

⁵¹ ARTIGAS, Mariano, *Filosofía...*, p. 244.

4. LA MEDICINA COMO PROFESIÓN LIBERAL

Luego de las consideraciones de orden fáctico, relacionadas con el contexto sanitario y la ciencia médica, abordaremos su dimensión estrictamente profesional. La categoría de “profesiones liberales” fue recogida por nuestro ordenamiento a finales del siglo XIX.⁵² Más próximo a nuestros días, la encontramos enunciada en el artículo 1768º del Código Civil y Comercial, y en la innumerable jurisprudencia que existe al respecto⁵³.

En la normativa de fondo el sintagma “profesiones liberales” no se encuentra expresamente desarrollado sino sólo enunciado.

⁵² En el año 1889 se celebró la Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales aprobada por el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, en Montevideo, ratificada por Ley 3192 de 1894 y posteriormente reemplazada por la Convención de idéntico nombre aprobada por el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado en 1939, ratificada en 1963 por el Decreto Ley 468. La normativa que hace mención a las profesiones liberales es profusa. A modo de ejemplo puede mencionarse la Ley 14.329 de 1954 que ratifica el Convenio OIT 35 relativo al Seguro Obligatorio de Vejez de los Asalariados en las Empresas Industriales y Comerciales en las Profesiones Liberales, en el Trabajo Domiciliario y en el Servicio Doméstico.

⁵³ Cfr. CJSN, *Zechner, Evelina Margarita c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Despido*, Fallos 342:1921, 2019; *Cavallo Álvarez, Sandra Elizabeth c/ Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Provincia de Salta s/ Acción meramente declarativa de Derecho*, Fallos 340:1606, 2017; *Paracha, Jorge Daniel c/ DGI s/ Recurso*, Fallos 337:993, 2014; *Stiefel, Juan Carlos c/ Provincia de Santa Fe y otro s/ Acción declarativa de Certeza*, Fallos 334:1346, 2011; *Inspección General de Justicia c/ Ghiano Re y Asociados S.A. s/ Incidente*, Fallos 333:2208, 2010; *Hardoy, Jorge B. c/ Universidad Nacional de Buenos Aires*, Fallos 168:414, 1933; *Berraz Montyn, Carlos*, Fallos 156:290, 1929; *Ivanísevich, Ludovico*, Fallos 117:432, 1913; entre muchos otros.

Esta tarea, ha sido asumida por la doctrina para un abordaje más sistemático. Los autores han propuesto distintos enfoques sobre qué entienden por la categoría de profesiones liberales⁵⁴.

Conforme se expondrá a continuación, somos de la opinión que el sintagma “profesión liberal” es un concepto indiviso⁵⁵ cuyas principales notas son:

1. el cuidado de bienes fundamentales como finalidad,
2. el carácter eminentemente intelectual y la necesidad de contar con un título universitario habilitante,

⁵⁴ VEGA sostiene que “[e]n sentido genérico se llama «profesional» a la persona física que ejerce una profesión, es decir aquel que por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos”. Entre las notas características destaca la habitualidad, la reglamentación a la que se encuentra sujeta, la habilitación previa, la presunción de onerosidad, la colegiación obligatoria, la autonomía técnica, la sumisión a los principios éticos y el sometimiento a la potestad disciplinaria a través del Colegio. En relación al carácter intelectual, VEGA advierte dos interpretaciones: una restringida y otra amplia. Mientras la primera (actualmente mayoritaria) reserva la expresión “profesional” a aquellos que poseen un título universitario, la segunda considera que la profesionalidad no estaría marcada por la existencia de un título, sino por el hecho de poseer un cierto nivel de conocimientos en determinada materia, de forma tal que se alude a aquel que por tal razón es un experto en la relación con el profano que requiere sus servicios. Cfr. VEGA, Alejandro, “Profesiones Liberales. Contratos Profesionales”, *Sup. Act.*, 2012, Thomson Reuters, cita online TR LALEY AR/DOC/4615/2012.

⁵⁵ Un sector de la doctrina sostiene que los términos “profesional” y “liberal” no van necesariamente unidos. Consideramos que esta discusión no resulta útil pues nos centraremos en el carácter intelectual de la profesión médica y su impacto en el ejercicio de la medicina. A mayor abundamiento de la doctrina precedentemente citada, cfr. YZQUERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 14-18.

3. el carácter técnicamente autónomo y
4. la sujeción a una disciplina colegial.

a. LA MEDICINA COMO ACTIVIDAD DIRIGIDA AL CUIDADO DE BIENES FUNDAMENTALES

Una característica que une a los hombres como miembros del género humano es su naturaleza de ser-intencional. Pertenece al ámbito de la evidencia que existen motivaciones últimas que impulsan al hombre a obrar en tal o cual sentido. Ya en el siglo XIII, decía TOMÁS DE AQUINO que todo agente obra por un fin⁵⁶ y que el fin es lo último en la ejecución, pero es lo primero en el orden de la intención⁵⁷. Por encontrarse en el orden de la inclinación primero el fin y luego la ejecución comenzaremos glosando la finalidad de entre las características de la profesión médica.

La finalidad de la medicina se halla en la asistencia y auxilio de dos bienes fundamentales íntimamente relacionados entre sí: la

⁵⁶ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Expositio Posteriorum*, Lib. 1, Lectio 16 n. 5, Lib. 2, Lectio 8 n. 3; e id., *In Physic.*, Lib. 2, Lectio 8 n. 5.

⁵⁷ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, Ia Ia - Ilae, q. 18a 7 ad 2.

vida y la salud⁵⁸. La preocupación por estos bienes —ha dicho la doctrina— configura “el tema” de los médicos⁵⁹.

Algunos autores han identificado dos modos de ejercicio profesional según sus fines inmediatos: la medicina académica y la medicina de aplicación⁶⁰. El Código de Ética médica de la AMA recoge esta clasificación en su artículo 36º denominándolas como “investigación básica” y “asistencial” respectivamente. Mientras la medicina de asistencia es aquella que busca el mejor interés del paciente a través de los procedimientos basados en la evidencia y el consenso científico, la de investigación busca generar nuevos saberes en un contexto distinto al de la asistencia médica regular⁶¹.

A la luz de los nuevos desafíos que plantea la medicina moderna, el *Hasting Center* publicó un estudio sobre los fines de la

⁵⁸ La Corte ha sostenido que “[e]l derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional”. Cfr. CSJN, *Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ Acción de amparo*, Fallos 328:4640, 2005.

⁵⁹ Cfr. CROVI, Luis Daniel, “La dignidad de los pacientes en tiempos de pandemia”, *La Ley*, 20 de mayo de 2020, cita online AR/DOC/1569/2020.

⁶⁰ Cfr. DE LA FUENTE, Juan Ramón, “Medicina Académica y Medicina Asistencial”, *Arch. Cardiol. Mex.* 84 (2014), pp. 41-44.

⁶¹ Cfr. ROITMAN, Adriel, “El proceso de consentimiento informado y la investigación sobre COVID-19”, *La Ley* (2020), cita online AR/DOC/1241/2020.

medicina del siglo XXI⁶². Este informe propone más específicamente cuatro fines terapéuticos para esta ciencia:

1. la prevención de la enfermedad y de las lesiones y la promoción y mantenimiento de la salud,
2. el alivio del dolor y del sufrimiento causado por la enfermedad y las dolencias,
3. la asistencia y curación de los enfermos y el cuidado de los que no pueden ser curados y
4. la prevención de la muerte prematura y la búsqueda de una muerte en paz.

La radicalidad que manifiestan la vida y la salud como bienes fundamentales podría explicarse por sí misma. La experiencia de la muerte de un ser querido, la enfermedad propia o de nuestro entorno, nos acercan sensiblemente a esta realidad desde nuestra más temprana edad, llevándonos a identificar como valiosos los bienes afectados.

Las culturas de distintas épocas nos han dejado un legado imprescriptible e inembargable sobre esta verdad: ¿cómo olvidar la frase del Talmud que reza “[a]quel que salva una vida, es como si

⁶² CALLAHAN, Daniel, “The goals of medicine. Setting new priorities, Special Supplement”, *Hasting Center Report* 26 (1996), S1-S27. También existe una traducción en castellano: CALLAHAN, D. (Dir), “Los fines de la medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas”, Fundación Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2004. Se puede acceder al documento en <http://www.fundaciongrifols.org/docs/pub11%20esp.pdf>. Este informe entiende por salud a la “experiencia de bienestar e integridad del cuerpo y de la mente, caracterizada por una aceptable ausencia de condiciones patológicas y, consecuentemente, por la capacidad de la persona para perseguir sus metas vitales y para funcionar en un contexto social y laboral habitual”.

salvara un universo entero”⁶³? ¿Cómo pueden pasar desapercibidas las enseñanzas del buen samaritano quien, encontrando un hombre malherido en su camino, se acercó, vendó sus heridas, echó vino y aceite y poniéndolo sobre su propia montura, lo llevó a una posada y lo cuidó⁶⁴?

Más recientemente, FINNIS ha reivindicado el primado de la vida como bien humano básico. Este valor entendido como pulsión de autoconservación que pone al ser humano en buena forma para autodeterminarse, tiene diversas manifestaciones en el Derecho: desde el trabajo en equipo de los cirujanos, hasta las leyes de seguridad vial y la comercialización de alimentos, la búsqueda de este bien constituye el primer deseo y decisión del hombre⁶⁵.

Esta primacía y preexistencia del derecho a la vida supone una necesidad para la titularidad y ejercicio de los demás derechos. En efecto: mientras los derechos en general protegen algún bien del sujeto (de suyo importante también), el derecho a la vida protege su presupuesto necesario. Podemos sostener que en todo acto lesivo

⁶³ Cfr. *Talmud, Bavli, Sanhedrin*, Capítulo IV, 37a, 38-39 (versión inglesa de Michael L. Rodkinson, *New Edition of the Babylonian Talmud: Section Jurisprudence [Damages] — Tract Sanhedrin*, The Talmud Society, Boston, 1918, Vol. VII and VIII, p. 111):

Therefore, the man was created singly, to teach that he who destroys one soul of a human being, the Scripture considers him as if he should destroy a whole world, and him who saves one soul of Israel, the Scripture considers him as if he should save a whole world.

⁶⁴ Cfr. Biblia Católica, Jn X, 25-37.

⁶⁵ Cfr. FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York, 2011, 2ª Ed., pp. 86-87.

contra la vida hay una afectación a todo el elenco de derechos que posee el hombre tanto patrimoniales como extrapatrimoniales⁶⁶.

El ordenamiento constitucional y convencional⁶⁷ así como nuestro máximo tribunal han reconocido la primacía y esencialidad del derecho a la vida⁶⁸. Algo similar se ha predicado del derecho a la

⁶⁶ MASSINI CORREAS ilustra muy bien este punto. El autor comenta que el bien humano básico de la vida es especial pues “reviste una definitividad y una decisividad que no corresponde a los restantes bienes”. En efecto, los atentados a estos últimos no traen de suyo un impedimento definitivo del bien tutelado. En cambio, siendo la vida condición *sine qua non* de los demás bienes, cada atentado contra ella “cercena de modo decisivo y definitivo todas las posibilidades humanas de perfeccionamiento”. Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos, “El derecho a la vida en el sistema de los derechos humanos”, en MASSINI CORREAS, Carlos y SERNA Pedro, (Ed.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, p. 211. En lo sustancial, puede verse el mismo argumento en la sentencia STC 120/1990, en cuyo Fundamento Jurídico 8 dispuso que el bien de la vida es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y un supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

⁶⁷ El derecho a la vida expresamente, lo encontramos enunciado en el artículo 4º de la CADH e implícitamente en el artículo 33º de la CN. Al respecto, la CIDH ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a este derecho indicando que integra el derecho a la vida. Cfr. CIDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, y del mismo tribunal, *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, 2005.

⁶⁸ Cfr. CSJN, *Saguir y Dib, Claudia Graciela*, Fallos 302:1284, 1980; *Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ Amparos y sumarísimos*, Fallos 324:754, 2001; *Monteserin Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la persona con Discapacidad y otro s/ Amparo*, Fallos 324:3569, 2001. Más recientemente ha sostenido que el derecho a la vida es un presupuesto implícito para el ejercicio de los demás derechos. Cfr. CSJN, *Maqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, Fallos: 329:4918, 2006. Del mismo tribunal, *Sánchez, Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro*, S. 670. XLII. RHE, 2007.

salud⁶⁹ y sus implicancias en la actuación profesional⁷⁰ al tiempo que alguna jurisprudencia foránea lo ha calificado como derecho paradigmático⁷¹.

Hemos dicho que el ejercicio de la medicina comprende el tratamiento de las enfermedades y la recuperación, conservación y preservación de la salud. En síntesis, la finalidad última de la medicina es lograr un estado de plenitud a través del restablecimiento o la conservación de la vida y la salud de los pacientes por distintos

⁶⁹ Cfr. Preámbulo y artículos 14^o bis, 33^o, 41^o, 42^o, 75^o incisos 2^o y 23^o de la CN; 3^o y 25. 1^o de la DUDH, 7^o, 9^o a 12^o del PIDESC, 6.1, 7^o, 10^o, 17^o y 24^o del PIDCP, 1^o y 2^o de la Convención para la prevención y sanción del Genocidio, 1^o de la Convención para la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 4.b, 5.b, 10^o a 14^o y 16^o de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 3^o, 6^o, 24^o a 27^o, 32^o y 39^o de la CDN, 5.IV de la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, 22^o y 25^o de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, I, VI, VII, XI, XIV a XVI y XXX de la DADDH, 4.1, 5.1, 17^o, 19^o y 26^o de la CADH, 10^o del Protocolo Adicional a la Convención Americana, 11^o a 16^o de la Carta Social de las Américas, el Protocolo Facultativo del PIDESC, los Convenios de la OIT 155/1981 y 187/2006 sobre la seguridad y salud de los trabajadores, entre otros instrumentos internacionales. Asimismo, en los textos de las constituciones provinciales: artículos 8^o de Buenos Aires, 64^o de Catamarca, 36^o de Chaco, 72^o de Chubut, 20^o a 22^o de la CABA, 59^o de Córdoba, 134^o a 139^o de Neuquén, 53^o de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 125^o de Tucumán, entre otras.

⁷⁰ Así, dijo que “[e]ncontrándose comprometidos los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona -preexistentes a todo ordenamiento positivo- no cabe tolerar ni legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resultan incompatibles con el recto ejercicio de la medicina”. CSJN, *Amante, Leonor y otros c/ Asociación Mutual Transporte Automotor (AMTA) y otro*, Fallos 312:1953, 1989.

⁷¹ Cfr. E.D. Wis., *United States v. Progressive Inc.*, 467, F. Supp. 990, 995, (1979), Warren, J.

medios. En esta faena, los médicos realizan un servicio también para el Derecho pues velan por el cuidado del bien jurídico salud⁷² y, en último término, la vida⁷³.

Habiendo predicado sobre la vida como bien fundamental, vale preguntarnos: ¿por qué también la salud es relevante? Por un lado, la salud como elemento integrante de la vida es una condición necesaria —pero no suficiente— para que el individuo pueda actuar en orden a sus fines objetivos y subjetivos. En el caso del ser humano, las dimensiones de esos fines son biológicas, psicológicas, sociológicas, culturales, axiológicas y espirituales.

En términos prácticos, la salud es una condición necesaria pues resulta indispensable para trabajar, estudiar, servir a los demás, recrearse, etc. Es una experiencia más o menos extendida la incomodidad que genera cumplir los deberes de estado cuando padecemos jaquecas, estamos cansados o nos encontramos

⁷² Del bien jurídico “vida”, se desprende la búsqueda de su conservación y preservación. Cfr. artículo XI de la DADDH, 12º del PIDESC y reiterado en diversas declaraciones de organismos internacionales (A saber: Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado en la conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, puntos 24, 31, 41 y 58).

⁷³ El bien jurídico protegido “vida” lo encontramos receptado en diversas partes de nuestro ordenamiento. Tan solo a modo de ejemplo, mencionamos la DADDH, art. I; la CADH, art. 4.1; la DUDH, art. 3º; el PIDCP, art. 6º; la CDN, art. 6º. La CIDH ha tenido ocasión de pronunciarse en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2005). Por su parte la Corte nacional ha entendido que “[e]l derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33º de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él, y, a su vez, el derecho a la salud...” CSJN, *Reynoso Nilda Noemí c/ INSSJP s/ Amparo*, Fallos 329:1638, 2006.

recuperándonos de una gripe. De esta manera, la condición de estar sano facilita el obrar humano y con ello que el hombre se perfeccione en su proyecto vital. Por otro lado, aunque la salud sea una condición necesaria no es suficiente, pues estos fines se logran en concurso con otras mociones de la persona; es una condición imprescindible para actuar, pero no es la causa —propiamente dicha— de nuestras acciones.

Con la expresión “estar sano” queremos significar el hecho de tener *actualmente* la salud. Por el contrario, estar enfermo significaría no tener en acto —en su propio ser— la salud, aunque sí pudiera tenerla *potencialmente*. Esta disquisición aristotélica es fundamental pues el médico estrictamente no puede dar la salud a nadie. La función del médico se limita a ayudar a poner en acto la salud que se encuentra en potencia en la persona. Su rol es capital pues posee el necesario caudal de conocimientos prácticos y teóricos para provocar la corrección del curso natural de la enfermedad y así devolver la plenitud al paciente. Como consecuencia, el médico tiene un deber agravado de defender los intereses del enfermo e intentar todos los medios terapéuticos a su alcance para que su estado de salud sea restituido *in natura*, o al menos preservado. Como corolario del marco que venimos desarrollando, el Código Internacional de Ética Médica asigna al facultativo un compromiso calificado con la defensa

de la vida y la salud⁷⁴. En las próximas páginas se ampliará el concepto de salud como finalidad específica del acto médico⁷⁵.

b. LA MEDICINA COMO ACTIVIDAD EMINENTEMENTE INTELECTUAL

En las profesiones liberales, el hombre actúa formalmente con sus condiciones personalísimas pues su actividad tiene siempre una dimensión de libertad y de creación. A diferencia de estas, otras actividades pueden ser igualmente realizadas por cualquier individuo produciendo una obra anónima y despersonalizada. Debemos confesar que la imagen de un médico-operario nos parece poco feliz y alejada de la realidad. El médico no es gerente de una línea de montaje, elaboradora de productos indiferenciados. No se propone un resultado materialmente intercambiable del cual se descompromete una vez que se entrega al mercado. Antes al contrario, consideramos al profesional como un verdadero artesano que realiza su obra ilusionándose con ella.

Como se ha mencionado arriba y ha sido recordado por la doctrina, a los médicos se encomiendan los bienes más preciados del ser

⁷⁴ Cfr. Código Internacional de Ética Médica adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM en Londres, Inglaterra en octubre de 1949 y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial en Sídney, Australia en agosto de 1968, la 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia en octubre de 1983 y la 57ª Asamblea General de la AMM en Pilanesberg, Sudáfrica en octubre de 2006.

⁷⁵ En este apartado abordamos la salud como bien de alto valor al cual se encuentra ordenada la medicina. El concepto de "salud" puede ampliarse en III.2.a.

humano⁷⁶. Esta tarea exige una correcta comprensión de la compleja realidad, sin la cual no sería posible transformar ni conservar los bienes encomendados, o dicho proceso estaría destinado al fracaso⁷⁷.

Para comprender esa realidad y conservarla o transformarla, los médicos requieren de un saber predominantemente científico, de alta especialidad y que sobrepasa a la simple opinión. Más aún, el ejercicio de esta actividad excede la simple técnica ya que no consiste en la mera repetición mecánica de un comportamiento estándar. Antes al contrario, exige que siempre sea invención, es decir que el profesional reaccione en cada caso de un modo original según las circunstancias particulares⁷⁸.

Este conocimiento, fruto de un estudio profundo de la realidad, se adquiere a través de un proceso eminentemente intelectual y prudencial, característica propia de las ciencias prácticas y de las

⁷⁶ Cfr. TOLLER, Fernando María, *La llamada de los derechos...*, p. 5.

⁷⁷ Ya lo advertía LEONARDO DA VINCI:

Aquellos que se enamoran de la práctica sin la ciencia, son como los marineros que entran en el navío sin timón y brújula, que nunca saben con certeza dónde van. Siempre la práctica debe ser edificada sobre la buena teoría [...], sin la cual nada es bueno.

DA VINCI, Leonardo, *Aforismos*, El Cid Editor, Córdoba (Argentina), 2014, 2ª Ed. Virtual, punto 137.

⁷⁸ La Corte reconoció que el profesional de la salud no ejerce una tarea de aplicación mecánica sino de adecuación permanente. Cfr. CSJN, *Duich Dusan, Federico c/ CEMIC (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas "Norberto Quirno") s/ Amparo*, Fallos 337:471, 2014.

profesiones liberales⁷⁹. Como es sabido, más allá que los fines del hombre de ciencia sean fijos y universales (restablecer la salud perdida), los actos que concretan esa intención varían según las circunstancias. Es allí donde la virtud de la prudencia tiene su importancia. Por ejemplo, ejercer correctamente la ciencia no significa aplicar con indiferencia la misma medicina a dos pacientes por igual. Requiere determinar lo que ese fin significa aquí y ahora. En este sentido, PIEPER⁸⁰ resaltaba la importancia de que

«el bien humano» posea margen para variar de múltiples maneras, según la constitución, en cada caso diversa, de las personas y de las distintas circunstancias de tiempo, lugar, etc.

No se nos escapa que la actividad intelectual siempre se presenta mezclada con alguna actividad manual y —en cierta medida— mecánica. Sin embargo, la nota distintiva radica en que las

⁷⁹ Cfr. OLIVARES SANTA CRUZ, Carlos, “El humanismo de Ortega y Gasset”, *Revista Chilena de Derecho* 10 (1983), p. 807. De la misma forma la CSJN ha identificado como profesiones liberales a aquellas que requieren el ejercicio del entendimiento. CSJN, *Barrachina Gasulla, Juan*, Fallos 197:80, 1943.

⁸⁰ PIEPER, Josep, *Prudencia y Templanza*, Ediciones Rialp, traducción al español de C. MELCHES, M. GARRIDO y R. G. PEÑA, Madrid, 1969, p. 79. En un sentido similar, TOMÁS DE AQUINO sostenía sobre las virtudes morales que cada una de ellas se realiza de múltiples formas y no de la misma manera en todos. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *De virtutibus in communi*, artículo 6º. El texto original reza: “Ununquodque autem horum contingit multipliciter fieri, et non eodem modo in ómnibus; unde ad hoc quod rectus modus statuatur, requiritur iudicii prudentia”.

operaciones manuales que lleva a cabo un profesional serían imposibles de lograr si no se tuvieran esos conocimientos⁸¹.

Actualmente, existe un consenso generalizado en que la universidad es el ámbito por antonomasia para adquirir ese juicio intelectual y prudencial. Es allí donde se comparten los saberes y se aprende la filosofía, las artes y las ciencias con genuino espíritu crítico y con amor a la verdad⁸². Como tiene dicho la UNESCO, “[l]a búsqueda de nuevos conocimientos y su aplicación constituyen la esencia del cometido de esas instituciones”⁸³. Ahora bien, ¿es la universidad la única fuente capaz de proveer aguas limpias de conocimiento intelectual? Los autores han llegado a conclusiones diferentes.

Un sector de la doctrina sostiene que la intelectualidad de la profesión no viene necesariamente dada por la formación universitaria, sino por la posesión de un nivel de conocimiento que sobrepasa el común de la gente. Por tanto, bastaría considerar profesional a quien revistiera el carácter de experto sobre el profano en determinada materia⁸⁴. Otro sector sostiene que la intelectualidad de la profesión liberal está dada por la existencia y posesión de un título

⁸¹ Cfr. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Manual de responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 636.

⁸² Cfr. TOLLER, Fernando María, *La Llamada de los derechos...*, p. 77.

⁸³ UNESCO, Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior, 1994, artículo 4º.

⁸⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, 1ª Ed., Tomo II, p. 273.

universitario que evidencie el conocimiento adquirido con una muestra objetiva⁸⁵.

En Argentina, el máximo tribunal ha reconocido al título universitario como manifestación objetiva de idoneidad profesional⁸⁶. En un sentido similar, sostuvo que el título refleja el conjunto de conocimientos y experiencias indispensables para considerar a una persona poseedora de una capacidad profesional que la habilita para el desempeño de una profesión⁸⁷. En este contexto, encontramos la medicina, cuya ley de ejercicio profesional establece como requisito necesario la posesión de un título o certificado habilitante⁸⁸.

C. LA MEDICINA COMO ACTIVIDAD AUTÓNOMA

Probablemente, la propiedad más distintiva y consustancial de las profesiones liberales es su carácter científicamente autónomo⁸⁹.

⁸⁵ SPOTA, Alberto Antonio, “El poder de policía sobre las profesiones regladas a la luz de distribución de competencias”, *Revista Jurídica Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Facultad de Ciencias Jurídicas* 6 (2002).

⁸⁶ Cfr. CSJN, *Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/ E. N. (Ministerio de Justicia) y otros/ Proceso de conocimiento*, Fallos 326:445, 2003, considerando 6º del Dictamen del Procurador General al que la Corte remite.

⁸⁷ CSJN, *Barrachina Gasulla, Juan*, Fallos 197:80, 1943.

⁸⁸ Cfr. artículo 5º de la Ley 17.132.

⁸⁹ Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Objeción de conciencia positiva: en particular sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto Ley 16/2012”, *Derecho y Salud* 26 (2016), p. 10. En otro trabajo de su autoría ha dicho: “La

Ya desde la antigua Roma, la autonomía intelectual permitió diferenciar las artes liberales de cualquier otro oficio⁹⁰. La doctrina es pacífica al reconocer esta característica, más allá que la discusión siga abierta con respecto a otros elementos del concepto de profesión liberal⁹¹.

libertad de actuación médica constituye una de las principales garantías del médico en el ejercicio de su profesión. No se trata de una figura atribuible en exclusiva a las profesiones sanitarias o, específicamente, a los galenos, sino que se incardina dentro de la propia libertad de actuación que, con carácter general, se reconoce a todos los profesionales, especialmente a los que son incluidos bajo la expresión tradicional de profesionales liberales". DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, "Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional", *Derecho Privado y Constitución* 31 (2017), p. 11.

⁹⁰ En la antigua Roma se distinguía entre las *opera libres* y las *labores*. Recién en el medioevo se separan definitivamente los oficios de las profesiones. Habitualmente, se encomendaban a los profesionales las responsabilidades principales de la sociedad (entre ellas, la salud) y su autonomía estaba dada en que no eran contratados, sino representantes del Estado en funciones que hoy podríamos llamar cometidos públicos. Cfr. PATIÑO RESTREPO, José Félix, "El profesionalismo...", p. 148.

⁹¹ LORENZETTI sostiene que, las condiciones del profesional son: a) *expertise* en un área, b) autonomía técnica y libertad para aplicarla, c) calificación especial y d) servicios onerosos. Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, pp. 301-302. TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA afirman que es profesional liberal "quien, poseyendo un título que lo legitima en su actividad, ejerce libremente su profesión; o[,] dicho de otra manera: el que[,] poseyendo título habilitante para ello, desempeña actividades intelectuales y lo hace de forma autónoma". TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil...*, p. 275. Por su parte, GONZÁLEZ SEARA ha mencionado que las profesiones liberales se caracterizan por la existencia de los siguientes atributos: a) autonomía técnica, b) la organización profesional distinta a cualquier otra empresa comercial, c) la independencia profesional. Cfr. GONZÁLEZ

La autonomía científica es imprescindible a la hora de hablar de profesionalismo médico⁹². Reviste la misma importancia que la posesión del título universitario, la habilitación o la matrícula pertinente y no puede ni debe ser escindida de los dos recaudos anteriores⁹³. SORIANO abona nuestra postura: este autor destaca que la autonomía permite al profesional, a partir de los saberes adquiridos por el estudio y la experiencia, elegir lo más conveniente entre distintas opciones para el caso concreto⁹⁴. Esta autonomía no protege solamente a la toma independiente de decisiones frente al conocimiento

SEARA, Luis, "La independencia de las profesiones liberales", *Revista de Estudios Políticos* 113 (1960), p. 150. En un sentido similar cfr. TANZI, Silvia, "La responsabilidad profesional y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Derecho Privado* 1 (2012), pp. 168-186. Sostiene DE FREITAS DRUMOND que "[l]a Medicina ha sido edificada sobre tres vigorosos fundamentos profesionales: el conocimiento, el servicio y la ética. De ellos se originaron las tres principales características de la profesión, que son la autonomía técnica (el saber especializado), la autonomía profesional (la capacidad de controlar el mercado laboral) y el compromiso social (que es esencialmente ético)". DE FREITAS DRUMOND, José Geraldo, "Ética de la pericia médica", *Gacetilla interna científica forense* 2 (2012), pp. 1-5.

⁹² Cfr. PATIÑO RESTREPO, José Félix, "El profesionalismo...", p. 146. El autor sostiene que "la ética y el profesionalismo constituyen el fundamento de la actividad de la medicina, que es una empresa intensamente moral. [...] El concepto de profesionalismo incluye cuatro componentes fundamentales: 1) conocimiento especializado; 2) autonomía en la toma de decisiones; 3) compromiso de servicio a la sociedad; 4) autorregulación".

⁹³ GANDOLLA, Julia Elena, "La responsabilidad del cliente (Por los daños y perjuicios ocasionados por el profesional en ejercicio y oportunidad del trabajo encomendado)" en MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo (dirs.), *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 235.

⁹⁴ SORIANO, Marcelo, "Actividad profesional simple vs. Liberal", *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado* 3 (2015), p. 37.

profano, sino también, a aquellas que se producen en la relación entre médicos de distintas incumbencias, por razón de la *expertise*⁹⁵.

Por su importancia, la autonomía científica o técnica se ha hecho merecedora de una protección especial por el ordenamiento jurídico. La autonomía intelectual, base de la idoneidad profesional⁹⁶, garantiza que se pueda aplicar al paciente, con integridad las normas científicas, el método y la técnica adecuada. Solo así, es posible dilucidar el problema médico y aplicar el tratamiento debido⁹⁷. En otras palabras, la autonomía busca garantizar a los actuales y potenciales pacientes, que el médico emita un juicio profesional con absoluta libertad. Por tanto, la autonomía no es solo un componente de la profesión sino una absoluta necesidad⁹⁸ en beneficio del paciente.

⁹⁵ Cfr. CSJN, *Méndez, Fernando Gabriel c/ Jager, Emilio y otros*, Fallos 321:473, 1998; *Vicente Solivellas*, Fallos 214:612, 1949 y *Verón, Nilda c/ Omar Knauss y otros s/ Daños y perjuicios*, Fallos 325:798, 2002.

⁹⁶ DE FREITAS DRUMOND, José Geraldo, “Ética...”, p. 5.

⁹⁷ PAZOS HAYASHIDA, Javier, “Autonomía del Paciente y Libertad del Profesional Sanitario. (De la Protección del Sujeto a la Objeción de Conciencia en Medicina)”, *Revista de Investigación Jurídica* 2 (2012), p. 11.

⁹⁸ La Declaración de Madrid de la AMM en octubre de 1987 sobre Autonomía y Autorregulación Profesionales afirma que “la autorregulación y la autonomía de la corporación médica son una absoluta necesidad, cuya razón exclusiva es garantizar que el médico pueda emitir con libertad e independencia su juicio profesional en lo que mira a la atención y tratamiento más adecuados de sus pacientes”.

d. LA MEDICINA COMO ACTIVIDAD DISCIPLINADA COLEGIALMENTE

Hemos identificado a la autonomía científica como propiedad necesaria del ejercicio de la medicina. Es válido preguntarnos ahora: ¿podemos controlar técnicamente la decisión médica⁹⁹? En ese caso, ¿quién la controla? Ha dicho HERRANZ que de la autonomía científica surge, como consecuencia inevitable, la necesaria autorregulación¹⁰⁰. Tratándose de una materia compleja que requiere un alto nivel de *expertise*, el control de la medicina debe estar en manos de aquellos que, por su formación, resultan idóneos para ejercerla. Esta autorregulación resulta corolario de la libertad profesional y de su consecuente responsabilidad.

La autorregulación consiste en cierto grado de autogobierno que permite examinar la conveniencia de las decisiones profesionales. Este carácter les permite distinguirse una vez más de los oficios, los cuales son regulados en materias de organización, pero no sobre su arte profesional. En este sentido, estrictamente, no se encuentran sujetos a colegiación.

La regulación del orden científico no obsta la aplicación de otros preceptos normativos. Antes al contrario, concurren con los primeros buscando un aceptable despliegue de la profesión, cada

⁹⁹ Este tema será tratado pormenorizadamente en el Capítulo VI de este trabajo. Aquí sólo se menciona a la autorregulación como característica de las profesiones liberales y derivación necesaria del carácter autónomo del ejercicio médico. En el capítulo VI se desarrollarán los fundamentos, antecedentes históricos y conveniencia de esta forma de regulación.

¹⁰⁰ Cfr. HERRANZ, Gonzalo, "El código de ética y deontología médica", *Cuadernos de Bioética* 4 (1994), p. 335.

uno en su ámbito propio y, siempre que sean razonables, se complementan.

La dinámica autorregulatoria de la profesión médica se manifiesta de diversas maneras: a través de códigos de ética, estándares de práctica profesional, existencia de protocolos de prácticas médicas, comités de auditoría, acreditación y certificación cruzada “por árbitros ciegos”, tribunales de ética médica, etc. PATIÑO RESTREPO sostiene que estos mecanismos son una “garantía de idoneidad para la sociedad, y éstos nunca deben ser sustituidos por regulaciones emanadas de entes estatales o privados”¹⁰¹. Este grado de autogobierno, por oposición a una regulación heterónoma, permite garantizar altos estándares científicos en beneficio del paciente y del prestigio profesional.

5. CONCLUSIONES

A fin de responder las preguntas que propusimos al lector al inicio del capítulo, concluiremos que la libertad de actuación ocupa un lugar de privilegio y es la nota distintiva de la profesión y la ciencia médica. El razonamiento que nos lleva a esta reflexión es el siguiente:

1. La materia sanitaria es compleja. Su complejidad viene dada, entre otros motivos, por el sujeto emisor del acto médico, por el sujeto destinatario de la práctica terapéutica y por

¹⁰¹ PATIÑO RESTREPO, José Félix, “El profesionalismo...”, p. 149.

la misma ciencia médica que dificulta descubrir la solución clínica de manera clara y distinta.

2. Esta circunstancia determina el modo de conocer de la medicina: como ciencia particular, empírica, experimental, práctica y racionalmente compleja, se hace cargo de esta complejidad con un método específico. Este método parte de la evidencia práctica objetiva la cual permite establecer parámetros repetibles con distintos grados de certeza.

3. Los antecedentes fácticos descriptos se proyectan sobre el modo de ejercer la medicina. Esta, como profesión liberal destinada a proteger los bienes fundamentales —como la vida y la salud—, exige una actuación libre, prudencial y científicamente autónoma.

4. El ejercicio de esta libertad de actuación, por su complejidad y la necesidad de contar con aptitudes específicas para juzgarla rectamente, es fiscalizado por los propios profesionales a través del colegio de médicos.

CAPÍTULO II

CONCEPTO, NATURALEZA Y CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo precedente hemos visto cómo la libertad de actuación es una de las notas distintivas de la profesión —a la vez que ciencia— médica. A lo largo de las próximas páginas trataremos las nociones básicas de esta manifestación de libertad profesional que ha de reconocerse al médico, con especial énfasis en ella como bien humano fundamental y derecho en cabeza del galeno. A fin de ordenar la exposición, a través de las siguientes páginas buscaremos responder tres nuevas cuestiones. A saber:

- §. 4. ¿qué entendemos por libertad de actuación médica?,
- §. 5. ¿cuál es su naturaleza jurídica? y, finalmente,
- §. 6. ¿qué elementos constituyen su contenido esencial?

2. BREVES CONSIDERACIONES PROPEDÉUTICAS

Como este capítulo parte del presupuesto que la libertad de actuación es un bien y un derecho, discurriremos brevemente sobre qué entendemos por estos conceptos para luego predicarlos de ella. No es este el lugar para exponer un análisis sistemático sobre estas cuestiones, pues exceden ampliamente el objeto de la tesis y distaríamos de resolver el problema enunciado. Sólo pretendemos esbozar algunos elementos básicos que sirvan al lector para un mejor encuadre.

a. LA SALUD Y LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA COMO BIENES

La noción de bien puede predicarse de dos formas. De manera propia y principal, el bien se identifica con el fin que se pretende conseguir a través de una actividad¹⁰². De manera secundaria, hace referencia a los medios idóneos que se requieren para lograr una finalidad determinada¹⁰³. En la visión clásica, TOMÁS DE AQUINO identificaba al bien como aquello que permite perfeccionar la naturaleza

¹⁰² Ya ARISTÓTELES sostenía que cualquier arte, doctrina, acción y elección, parece que a algún bien es enderezada. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, I, 1. A su turno, TOMÁS DE AQUINO exponía que “los actos humanos reciben del fin su especificación”. En este plano, *especificar* significa darle *especie* a algo. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, Ia - IIae, q. 1^a, 3.

¹⁰³ Por ejemplo, el dinero es bueno (un bien), no por sí mismo ni por su naturaleza de fin, sino porque resulta idóneo para alcanzar otros fines. Pareciera que nadie apetece el dinero *per se*, sino porque con él puede adquirir cosas con las cuales recrearse, gozar de cierto *status* social, etc.

humana¹⁰⁴. En el siglo XX, FINNIS utilizará esta terminología llamando *bienes* a aquellos objetos que se relacionan intrínsecamente con los rasgos básicos de la naturaleza humana con aptitud para colmar la inclinación del hombre¹⁰⁵. Desde esta óptica, un bien es un objeto capaz de satisfacer una necesidad esencialmente humana.

Hemos dicho en el Capítulo anterior que la medicina tiene una finalidad terapéutica que orienta toda su actividad¹⁰⁶. Por tanto, como derivación lógica, si la libertad de actuación es un elemento principal y una de las notas más distintivas de la ciencia médica, deberá participar de sus fines específicos.

Desde la acepción secundaria, en la medida que la libertad de actuación resulte un medio idóneo para lograr el fin de la medicina, será un bien para el sujeto que la ejerce. Aplicado a nuestro análisis, siempre que la libertad de actuación permita al médico ejercer con competencia el oficio y coadyuvar a la finalidad terapéutica, deberá considerarse un bien para este. En efecto, la libertad hace posible identificar el tratamiento más conveniente para el paciente, brindar una atención médica de calidad y así avanzar hacia la finalidad terapéutica. Más aún, puede sostenerse que la libertad de actuación garantiza el fin de la medicina de manera ejemplar, pues no existen otros medios más eficientes para asegurar los bienes que se obtienen a partir de ella.

¹⁰⁴ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, 1 q. 78 a.1.

¹⁰⁵ FINNIS, John, *Fundamentals of Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 26 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. de este trabajo, I.4.a.

Antes de ingresar al estudio de esta libertad como derecho es necesario hacer una digresión: la salud es otro bien relevante para el médico y el paciente. No ya en su acepción segunda, sino de manera propia y principal. La salud del paciente adopta naturaleza de fin y tiñe la relación sanitaria empapándola de sentido: sin ella no podría entenderse una relación médico-paciente ni una norma de policía sanitaria.

b. LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA COMO DERECHO

También puede entenderse la libertad de actuación médica como derecho, es decir, como protección jurídica que recubre bienes y les preserva su contenido. En palabras de TOLLER, el derecho actúa como “mecanismo técnico-jurídico que el hombre ha inventado para dar una protección adecuada a bienes de tanta importancia”¹⁰⁷. Siguiendo esta idea, la libertad de actuación —entendida como bien— requiere una protección específica que ampare su sustancia. Como consecuencia casi intuitiva, aparece el derecho a la libertad de actuación médica.

Asimismo, conforme se ha visto en el capítulo anterior, la salud y la vida son bienes de gran importancia a los que cabe calificar de fundamentales¹⁰⁸. Si la relevancia de esos bienes amerita su defensa con derechos específicos, el Derecho deberá proteger también

¹⁰⁷ TOLLER, Fernando María, “Interpretación de los derechos constitucionales”, en RIVERA, Julio Cesar (ed.), *Tratado de los Derechos Constitucionales. Obra Colectiva*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, Tomo I, p. 120.

¹⁰⁸ Cfr. de este trabajo, Relevancia... 1 y I.4.a.

aquellos bienes que están al servicio de los primeros y participan de su realización. Por tanto, como la libertad de actuación promueve y protege la salud y la vida del paciente, es lógico esperar que el ordenamiento la resguarde con un mecanismo específico destinado a conseguir tales fines.

3. CONCEPTO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

Existe suficiente acuerdo para conceptualizar a la libertad de actuación médica como la capacidad del profesional de la salud de elegir, una vez analizada la utilidad, validez y eficacia, entre las distintas intervenciones disponibles la más conveniente para el paciente.

VILLAR ROJAS ha definido la libertad de actuación como la “aptitud del médico para elegir aquel tratamiento que, conforme a su leal saber y entender, considera más idóneo y eficaz para el paciente”¹⁰⁹. En un sentido similar, UROSA la reconoció como capacidad de decisión en el contexto de la relación médico-paciente¹¹⁰.

¹⁰⁹ VILLAR ROJAS, Francisco José, “Medidas de racionalización; libertad de prescripción”, *Derecho y Salud* 5 (1997), pp. 105-116.

¹¹⁰ UROSA, Claudio, “La autonomía en el ejercicio clínico”, *Medicina Interna* 30 (2014), p. 174. “Se puede definir autonomía médica como «capacidad de decisión del médico en el contexto de una relación terapéutica». La participación activa del paciente no convierte al médico en un servidor que obedece a lo que el enfermo le impone dictatorialmente: el médico conserva su capacidad de decisión y puede negarse a realizar acciones que considere inadecuadas por razones médicas (objeción de ciencia) sea por razones morales (objeción de conciencia)”.

En muchos casos, la libertad de actuación médica se ha equiparado a la libertad de prescripción¹¹¹. Debido a que la jurisprudencia, el ordenamiento y la doctrina muchas veces han abordado estos conceptos indistintamente, cuando hablemos de libertad de actuación nos referiremos a la libertad de diagnóstico, de prescripción y de tratamiento de forma análoga. Por nuestra parte, consideramos que de la libertad de actuación médica derivan otros derechos (como los expuestos precedentemente), según la especificación que les confiera su finalidad.

Desde la perspectiva jurídica, y por los motivos que a continuación expondremos, preferimos conceptualizar a la libertad de actuación médica como el derecho del médico, de naturaleza fundamental, reconocido de manera implícita y explícita, derivado de la libertad profesional, consistente en la facultad de elegir el tratamiento que, según su leal saber y entender, considera más adecuado para el paciente.

4. RECONOCIMIENTO ÉTICO Y JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

En distintos ordenamientos se ha hecho alusión a esta libertad del profesional en el ámbito sanitario.

¹¹¹ Cfr. sentencias del STC 95/2011 y 96/2011, ambos del 21 de junio, TS 8247/2003, del 18 de diciembre, 1432/2004, del 3 de marzo. Asimismo, se puede ver en sentencias de Tribunales Superiores de Justicia. Por ejemplo, TSJ de Madrid 3928/2015 del 24 de marzo, TSJ de Cataluña 12430/2003 del 4 de diciembre, entre muchos otros.

En el orden deontológico, la Declaración de Tokio de la AMM, reconoció la completa independencia de criterio que posee el médico para decidir bajo su responsabilidad el tratamiento más idóneo para el paciente¹¹². En nuestro país, el Código de Ética para el Equipo de Salud establece que la actividad médica debe “ejercerse a través de intervenciones libres, autónomas, independientes”¹¹³. De hecho, en su artículo 48º exige que los profesionales cuenten con condiciones técnicas que permitan actuar con independencia y garantía de calidad¹¹⁴. De igual manera lo ha reconocido el Código de Ética médica de la COMRA¹¹⁵. A su vez, la Comisión Central de Deontología Médica de España ha definido a la libertad de actuación como la “capacidad del médico de elegir, entre las intervenciones disponibles, la que más conviene a su paciente, tras haber sopesado su validez y

¹¹² Cfr. Declaración de Tokio de la AMM sobre normas directivas para médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas, adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial en Tokio, Japón en octubre de 1975 y revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo en Divonne-les-Bains, Francia en mayo de 2005 por la 173ª Sesión del Consejo, Divonne-les-Bains, Francia, en mayo de 2006 y revisada por la 67ª Asamblea General de la AMM, en Taipéi, Taiwán en octubre de 2016.

¹¹³ AMA, Código de Ética..., p. 35.

¹¹⁴ Más aún, sostiene el artículo en su segundo apartado que “ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional”.

¹¹⁵ Cfr. artículo 111º del CE médica de la COMRA: “El médico debe disponer de libertad de prescripción y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad”. En el mismo sentido, dice el artículo 204º que “[e]l médico tiene derecho a prescribir el medicamento que considere más conveniente y el procedimiento diagnóstico o terapéutico que crea más acertado”.

utilidad”¹¹⁶. Por su parte, el Código de Ética médica de Italia de 2006 le asigna a la libertad y a la independencia profesional el carácter de derechos inalienables del médico¹¹⁷.

En el ordenamiento nacional la libertad de actuación médica ha tenido distintos abordajes. Mientras que ha sido reconocida expresamente en leyes, decretos y reglamentos¹¹⁸, no ha sido regulada de manera directa en el orden constitucional y convencional. No obstante, existen instrumentos que permiten extraerla de otros derechos enumerados.

Es sabido que por disposición convencional y constitucional los derechos que enuncia la Carta Magna no son entendidos como

¹¹⁶ Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial española, *Declaración sobre la libertad de prescripción del médico*, (aprobada en 1984 y revisada en 1998), punto 5.

¹¹⁷ Cfr. artículo 4º del CE médica de Italia: “El ejercicio de la medicina se basa en la libertad e independencia de la profesión que son derechos inalienables del médico”.

¹¹⁸ Así la Ley 25.649 de medicamentos genéricos, en su artículo 2º dice que “[l]a libertad de prescripción y de dispensa está garantizada. ...” También encontramos el Decreto 1855/2002 reglamentario de la Ley 25.649 el cual observó esta última sosteniendo la importancia de compatibilizar la libertad de prescripción por parte de los profesionales de la salud con la libertad de elección de marca (de medicamentos) por los pacientes. En este mismo sentido, el Decreto 987/2003 sostiene la necesidad de compatibilizar la libertad de prescripción del profesional con la libertad de elección. Por su parte, la Resolución 326/2002 del MS destaca la necesidad de hacer compatible la normativa referida al uso obligatorio del nombre genérico con la garantía de la libertad de prescripción de los profesionales de la salud en tanto la primera no resulte óbice para la segunda.

negación de otros no enumerados¹¹⁹. Como defendió SARMIENTO en los debates constituyentes,

no son las declaraciones, derechos y garantías que contiene la Constitución las únicas que rijen [sic], sino muchísimas otras que no están enumeradas ahí.¹²⁰

Esta prudente disposición también fue recogida por otros ordenamientos de la región¹²¹ y tiene su origen en la novena enmienda de la Constitución norteamericana¹²² donde se incorporan al texto fundamental

todas aquellas omisiones de los derechos naturales, que se hubieren podido hacer, porque el catálogo de los derechos naturales es inmenso.¹²³

En efecto, “sería excusado entrar a detallar todas las conquistas de la moral y de la libertad, porque están en la conciencia

¹¹⁹ Cfr. artículos 33º de la CN y 29º inciso c) de la CADH.

¹²⁰ REVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad de Buenos Aires, 1937-1939, Tomo IV, p. 841.

¹²¹ Cfr. artículos 5º § 2º de la Constitución Nacional de Brasil, 72º de la Constitución Nacional de Uruguay y 3º de la Constitución Nacional de Perú.

¹²² El texto original de la novena enmienda a la Constitución de los Estados Unidos reza: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”.

¹²³ Ídem nota 120.

universal de la humanidad”¹²⁴. Como resulta imposible enumerar todos los derechos adquiridos hasta entonces por el hombre —y mucho menos aquellos cuyas conquistas vendrían con posterioridad—, en el texto se establecieron sólo los principales. Al mismo tiempo, se consignó que los omitidos resultan vigentes, pues se encuentran implícitos en nuestro Derecho y le sirven de base. Además, esta omisión no autoriza a restringir la libertad o interpretar que carecen de valor por no estar en el texto. Una hermenéutica de esta naturaleza pervertiría su espíritu y falsearía el fin de la Constitución¹²⁵.

La libertad de actuación médica encuentra fundamento en el derecho enumerado de la libertad de trabajar y ejercer toda profesión. La vemos contemplada de manera genérica en los artículos 14º y 14º bis de la Constitución Nacional, 23º inciso 1º de la DUDH, 14º de la DADDH y 6º del PIDESC. Sobre este punto, el proyecto de Constitución de ALBERDI resultaba más claro que el aprobado, pues en su

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Conforme se luce del texto de las Sesiones de la Comisión del Estado de Buenos Aires, examinadora de la Constitución federal de febrero a abril de 1860, no puede interpretarse que

la letra autoriza á restringir una libertad, ò que lo que en la Constitución no está expresamente dicho, no es constitucional, ni tiene valor legal; con lo cual se pervierte el espíritu, se falsea el fin que consultan las Constituciones”. (sic)

REVIGNANI, Emilio..., pp. 976-977.

artículo 21º incluía expresamente a las profesiones como manifestación peculiar del ejercicio laboral¹²⁶.

Aunque en los textos normativos se exprese de manera unívoca, el derecho a trabajar se manifiesta con distintos grados de autonomía. Por la compleja naturaleza de la actividad, el modo en que fue concebida la profesión médica no se entiende sin un ámbito de libertad que permita su despliegue¹²⁷. Se asemeja más, en ese sentido, al trabajo de un artista que al de un operario: ambas son igualmente protegidas por el derecho pero en diferente grado en lo relativo a su autonomía. El trabajo de un artista solo se entiende con una amplia deferencia hacia su libertad: esta hace posible el proceso creativo e incluso es necesaria para un auténtico arte humano; por otra parte, el operario —por la naturaleza de su función— podría sentirse más cómodo con instrucciones predispuestas.

Reforzando esta idea, DE LOS REYES LÓPEZ sostiene que, a través de la libre actuación, se presume que la prestación del servicio médico se logrará con mayor facilidad, en la medida que quien la ejerce

¹²⁶ Artículo 21º del Proyecto de Constitución de Juan Bautista ALBERDI: “Ningún extranjero es más privilegiado que otro. Todos gozan de los derechos civiles inherentes al ciudadano, y pueden comprar, vender, locar, ejercer industrias y profesiones, darse a todo trabajo...” En el caso europeo, la libertad profesional no se menciona expresamente en el Convenio de Derechos Humanos, pero sí se encuentra incorporada en la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dice el artículo 15º inciso 1º de la Carta que “[t]oda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”.

¹²⁷ Cfr. de este trabajo, I.2.

es libre para decidir según su criterio técnico-científico, sin presiones externas¹²⁸.

Necesariamente, ambas libertades (la de trabajo y la de actuación profesional) se reclaman de manera recíproca. La libertad de trabajo resulta punto de partida para la de actuación. En efecto, no podría entenderse esta última sin el antecedente del derecho a ejercer una profesión liberal¹²⁹. Por otro lado, la libertad de actuación médica permite conservar la naturaleza eminentemente prudencial del trabajo profesional. A este respecto, no existiría trabajo médico auténtico sin el reconocimiento de un ámbito de libertad para ejercer la decisión técnico-prudencial. Por tanto, aunque no se encuentre explícitamente recogida en los textos constitucionales y convencionales, resulta una exigencia para el goce de la libertad de trabajar.

Otros ordenamientos foráneos también abordan esta libertad de actuación para el ejercicio de la medicina. Por ejemplo, desde los inicios de la Unión Europea, la independencia de criterio ha sido un tema de agenda. Ya el Tratado de Roma¹³⁰ establecía que, para habilitar el ejercicio médico en el territorio de alguno de los Estados de la comunidad, era necesario que aquél reconociese previa,

¹²⁸ Cfr. DE LOS REYES LÓPEZ, Manuel, "Relaciones entre profesionales sanitarios. Bioética para Clínicos", *Medicina Clínica* 117 (2001), p. 343.

¹²⁹ Sobre el concepto de profesión liberal, cfr. de este trabajo, I.4.

¹³⁰ Cfr. artículo 57º párrafo 3º del Tratado de Roma: "En cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, la progresiva supresión de las restricciones quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros".

normativa y expresamente la independencia técnica de los profesionales¹³¹. Entre los países de la Unión, España ha destacado por su basta producción normativa sobre este tema¹³². Por su estructura ordenada, meridiana claridad y profundidad merecen especial mención las Leyes 44/2003 de Ordenación de las profesiones sanitarias y 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En el ámbito latinoamericano, la ley colombiana estatutaria 1751 de 2015 en su artículo 17º garantizó la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y

¹³¹ Cfr. COMITÉ PERMANENTE DE MÉDICOS EUROPEOS, Declaración de Nuremberg de 1967, parágrafo 1º: “A todos debe garantizarse que el médico que consulten goza de total independencia tanto en el plano moral como en el técnico y que goza de libertad para elegir el tratamiento”.

¹³² En la península ibérica, y a los simples efectos ilustrativos, el Real Decreto 2065/1974 de 30 de mayo (actualmente derogado) establecía que los médicos encargados de los servicios sanitarios podían prescribir libremente las fórmulas magistrales y las especialidades farmacéuticas. El principal antecedente, actualmente vigente donde aparece con claridad la expresión de libertad de actuación médica fue la Ley española 14/1986 de 25 de abril. En su artículo 88º se reconoció el derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias de conformidad a los artículos 35º y 36º de la Constitución. También aparece en la Ley Española de Ordenación de las Profesiones Sanitarias 44/2003 en su artículo 40º inciso 3º apartado i) como principio y garantía del ejercicio de la profesión. Asimismo, en su artículo 4º reconoce como principio general del ejercicio que las profesiones sanitarias se llevarán a cabo con “plena autonomía técnica y científica...” En idéntico sentido aparece recogido en el artículo 40º inciso 3º apartado b), en cuanto principio de respeto a la autonomía técnica y científica de los profesionales sanitarios.

tratamiento de los pacientes solo limitados por la ética, la autorregulación, la racionalidad y la evidencia científica¹³³.

En el orden jurisprudencial, los tribunales nacionales e internacionales abordaron la temática. Hay profusos ejemplos en la jurisprudencia italiana¹³⁴ y española. Existen antecedentes del Supremo Tribunal Constitucional español en la sentencia del 18 de octubre de 1989 y con posterioridad, en la del 27 de noviembre de 1989. Más recientemente, la sentencia del 29 de mayo de 2001 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo afirma que

no se puede imponer al médico una determinada forma de actuación o de ejercicio profesional, desde el momento en que usando de su ciencia y prudencia puede actuar como estime

¹³³ Cfr. artículo 17º de la Ley colombiana 1751 de 2015: “Autonomía profesional. Se garantiza la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica. Se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud, así como cualquier abuso en el ejercicio profesional que atente contra la seguridad del paciente. La vulneración de esta disposición será sancionada por los tribunales u organismos profesionales competentes y por los organismos de inspección, vigilancia y control en el ámbito de sus competencias. Parágrafo: queda expresamente prohibida a promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas o dádivas a profesionales y trabajadores de la salud en el marco de su ejercicio laboral, sean estas en dinero o en especie por parte de proveedores; empresas farmacéuticas, productoras, distribuidoras o comercializadoras de medicamentos o insumos, dispositivos y/o equipos médicos o similares”.

¹³⁴ La autonomía profesional del médico se encuentra reconocida en la jurisprudencia del TRIBUNAL COSTITUZIONALE ITALIANO. Cfr. sentencias 282/2002, 338/2003 y 151/2009.

conveniente, incluso aunque no coincida en su solución con otro u otros facultativos.

En la misma inteligencia, la sentencia del 8 de febrero de 2006 de la Sala en lo Civil del mismo cuerpo sostuvo que

el médico en su ejercicio profesional es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente, poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces al caso que deba tratar, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud. El Médico es por tanto el encargado de señalar el tratamiento individualizado en función de la respuesta del paciente y de prescribir el uso o consumo de un medicamento y de su control, proporcionándole una adecuada información sobre su utilización.

De la jurisprudencia nacional, pueden citarse distintos precedentes que muestran el reconocimiento de esta libertad de actuación. En una oportunidad, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela reafirmó el principio de libertad de método o terapia. En esa ocasión, destacó que debía reconocérsele a los galenos esta libertad a fin de preservar la autonomía científica como consecuencia de la independencia intelectual inherente a toda profesión liberal. Esta libertad —sostuvo el tribunal— debe juzgarse a partir de la objetiva idoneidad terapéutica, y haber sido elegido luego de dejar de lado métodos

en desuso, extraños o más peligrosos, implicando aquél los menores daños necesarios para el paciente -pues éste tiene derecho a un adecuado tratamiento y todo aquello que incrementalmente riesgos y sufrimiento debe ser descartados-; el

tratamiento elegido debe tender también, a favorecer la salud del paciente, entendida ésta en un sentido amplio, comprensivo no solo de sus aspectos físicos sino también de toda su integridad y bienestar psicofísico.¹³⁵

Por su parte, en el Fallo *Lamas Dora c/ OSCOMM* la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil entendió que se encontraba dentro del ejercicio regular de la libertad de tratamiento que el profesional opte por una de las terapias disponibles, siempre y cuando fuera objetivamente idónea de acuerdo a las reglas de la ciencia médica y adecuada a las circunstancias del caso concreto¹³⁶. Existen otros antecedentes jurisprudenciales que analizan la temática, la cual por ser una materia que se abordará a lo largo de todo el trabajo, se repasarán más adelante.

Como puede advertirse, la libertad de actuación médica ha sido reconocida en los órdenes deontológico, normativo y jurisprudencial; no solo en el derecho nacional argentino, sino también en el Derecho comparado.

¹³⁵ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE RAFAELA, *C., L. G. c/ Policlínico ... y otros*, sentencia del 28 de agosto de 1998, publicado en La Ley Litoral 2000, p. 257, cita online AR/JUR/3188/1998.

¹³⁶ En un sentido similar, cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA J, *T. C. M. y otro c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*, sentencia del 13 de junio de 2014, cita online AR/JUR/50239/2014. En este caso, una paciente dio a luz en un hospital público por cesárea. Luego de la operación presentó una infección que culminó con una histerectomía y consiguiente pérdida de la capacidad reproductiva. La paciente demandó a los médicos que la atendieron y al Hospital Público. La demanda fue rechazada en ambas instancias por argumentos similares a los de la causa citada.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

a. LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA COMO DERECHO HUMANO

Probablemente, uno de los debates más álgidos sobre los derechos humanos sea el concerniente a su justificación. El sustrato de estos derechos parece encontrarse en el ordenamiento positivo¹³⁷, en la autonomía individual¹³⁸, en el carácter comunicacional del Derecho en las sociedades plurales¹³⁹, en los

¹³⁷ Cfr. LABRADA, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamentos, historia*, Civitas, Madrid, 1998; HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 2000; SQUELLA, Agustín, *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*, Fontamara, México, 1998; FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001; entre muchos otros.

¹³⁸ Cfr. GRAY, John, *Liberalismo*, Nueva Imagen, México, 1992; FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 2003; NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990; NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989; entre muchos otros.

¹³⁹ Cfr. CORTINA, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Tecnos, Madrid, 2000 y de la misma autora, *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 2008; BILBENY, Norbert, *Por una causa común. Ética para la diversidad*, Gedisa, Barcelona, 2002; entre muchos otros.

derechos morales¹⁴⁰, en las necesidades humanas básicas¹⁴¹ o en la dignidad de la persona¹⁴².

Según esta última tesis —que suscribimos—, el origen de los derechos humanos se encontraría en el *status* de persona-en-cuanto-tal. Por lo común, un derecho humano será aquél que custodie los bienes humanos básicos y las condiciones necesarias para evitar que la vida humana se vuelva miserable y esclava¹⁴³.

¹⁴⁰ Cfr. FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.

¹⁴¹ Cfr. ANÓN, María José, “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas” en BALLESTEROS, Jesús, *Derechos humanos. Conceptos, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992; DOYAN, Len y GOUGH, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994; entre otros.

¹⁴² Cfr. MEGÍAS, José Justo, “Diversas teorías justificadoras de los derechos humanos” en id., *Manual de Derechos humanos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006; GONZÁLEZ, Ana Marta, “La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica” en BALLESTEROS, Jesús y APARISI, Ángela, *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004; FINNIS, John, “Derecho natural-derecho positivo. A propósito del derecho a la vida” en MASSINI, Carlos y SERNA, pedro (Comp.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998; entre otros.

¹⁴³ El estudio pormenorizado del concepto de dignidad humana requeriría una tesis independiente. Para ampliar sobre este punto, cfr. MASSINI-CORREAS, Carlos, “Dignidad humana, gobierno del derecho y razón práctica”, *Revista Jurídica Austral* 2 (2021), Buenos Aires, pp. 7-31; RODRÍGUEZ DUPLÁ, Leonardo, *Ética de la vida buena*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006 y SANTIAGO, Alfonso, *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*, Abaco, Buenos Aires, 2022, 2ª Edición revisada y ampliada. TOLLER entiende por derecho humano a “la potestad jurídica de un sujeto determinado o determinable sobre una cosa (bien, acción u omisión) que conlleva una obligación correlativa (dar,

El carácter esencialmente humano del trabajo —en cualquiera de sus manifestaciones— distingue al hombre del resto de las criaturas¹⁴⁴, pues lo implica en su dimensión personalísima, constituyendo un aspecto esencial en la búsqueda de su perfección. En este sentido, el derecho de trabajar puede y debe ser considerado un derecho humano, pues el trabajo se incluye entre los bienes que acompañan la vida plena de todo ser humano. De hecho,

Ahora bien, como sostienen RAMÍREZ GARCÍA y PALLARES YABUR, los derechos humanos también se determinan en particular según el rol social o tarea que una persona desempeña¹⁴⁵. Los autores citados afirman que este rol social —que en el Derecho Romano se conocía como oficio—, resulta de singular importancia para la especificación de la naturaleza y el contenido del derecho. En efecto:

El objeto de los derechos humanos no está abandonado sólo a la consideración de la persona como fin en sí mismas o como propio de la condición humana. El ser-persona está

hacer o no hacer), a cargo de un sujeto determinado, de una pluralidad de sujetos determinados o una pluralidad de sujetos indeterminados pero determinables, que tiene su fuente en la dignidad humana con la posibilidad de obligar al sujeto pasivo con acciones” TOLLER, Fernando María, “Menos es más: cómo superar las paradojas de los derechos sociales”, MasterClass dictada el 30 de abril de 2021, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=BR7VzOp70_4 el 2 de junio de 2023.

¹⁴⁴ De hecho, pensamos que, en la medida que la profesión médica se encuentra directamente relacionada con el mantenimiento de la vida del ser humano, no debería llamarse *trabajo* a secas.

¹⁴⁵ Cfr. RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos humanos: Promoción y defensa de la dignidad*, Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2021, p. 133.

acompañado de los oficios que implican: i) la situación social, el rol social, en los que vive toda persona; ii) la función social y su conexión con la eficacia de la misma (normalidad) de la que se espera cierta conducta; y, iii) un estereotipo cultural para cumplir satisfactoriamente esa función.¹⁴⁶

Puede afirmarse que, mientras existen aspectos de la dignidad compartidos por el género humano, también hay exigencias peculiares según el cargo y posición que la persona ocupa. Estas dependen de la situación, función y expectativas que la comunidad deposita sobre determinados sujetos. No son cualidades de segunda categoría, exigencias desentendidas de la intrínseca dignidad de la persona humana. Como dice MASSINI CORREAS, esta cualidad adicional “se vincula directamente con alguna de las dimensiones del desarrollo o perfeccionamiento de la «hominidad»”¹⁴⁷ Desde esta perspectiva, la libertad de actuación médica podría considerarse un derecho humano de los profesionales pues resulta un bien estrictamente humano vinculado de manera intrínseca con el rol social que el médico desempeña. Probablemente el trabajo intelectual sea, en rigor, el más humano de todos, por las facultades que demanda su ejercicio. Para hablar con mayor precisión, el oficio mecánico o alienante, cuyos operadores son tratados como meros instrumentos pasivos, parece distanciarse de lo auténticamente humano. En contrario, aquel trabajo que demanda una tarea con

¹⁴⁶ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús..., p. 134.

¹⁴⁷ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, Buenos Aires, 2005, 2ª Ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Tomo I, p. 113.

discernimiento, intención y libertad, y exige una participación libre y responsable, parece convenirse mejor con la condición de la dignidad humana.

Si la capacidad de trabajar corresponde al género humano, el carácter científico-prudencial que sustenta la libertad de actuación, corresponde de manera eminente a los profesionales. Esta exigencia particular se vincula directamente a la naturaleza de la medicina. En efecto, existe un modo digno de ejercer la profesión, que permite al médico perfeccionarse en su arte y contribuir al bienestar general con un servicio idóneo. Este modo de ejercicio que la sociedad espera se caracteriza por ser libre, científico y prudencial.

En síntesis, la defensa de la libertad de actuación es un supuesto antropológico necesario para reconocer al médico como agente moral entitativamente digno, capaz de conocer y actuar libremente en el ejercicio de su ciencia. Sólo de esta manera, será posible que —a través de su oficio— aporte bienes a la comunidad guiándola hacia su perfección, al tiempo que procura la propia.

b. DIMENSIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

Ya es doctrina conocida¹⁴⁸, y ha sido receptada por el Tribunal Constitucional español¹⁴⁹, que los derechos humanos muestran una doble dimensión. Por un lado, se expresan como derecho subjetivos, ámbitos de libertad que se confieren al titular reconociéndole una serie de prerrogativas para asegurar su vigencia frente a cualquiera que pretenda subvertirlos. Por otro, por resultar un elemento

¹⁴⁸ Cfr. HABERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson S. L., traducción al castellano de su tesis doctoral por Jorge BRAGE CAMAZANO, Madrid, 2003 y DE DOMINGO, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?, estudio preliminar de Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 322-328. Asimismo, recomendamos cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Ara Editores, Piura (Perú), 2003, pp. 157-197.

¹⁴⁹ Cfr. STC español, sentencia del 14 de julio de 1981: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”. En el mismo sentido, cfr. STC, sentencias del 14 de julio de 1981, 12 de marzo de 1982, 21 de marzo de 1982 y 18 de febrero de 1988.

esencial del ordenamiento objetivo, se expresan como auténticas instituciones del Estado de Derecho¹⁵⁰.

Estas categorías deben aplicarse a la libertad de actuación médica. Tanto en la relación médico-paciente, como en la ciencia médica y el Estado de Derecho, aquella resulta un elemento fundamental para una convivencia pacífica, humana y justa. Entre otros motivos¹⁵¹, su promoción hace posible la defensa de bienes humanos básicos —como la vida y la salud— los cuales constituyen el presupuesto necesario para el ejercicio y goce de los demás derechos. Por otro lado, esta libertad permite evitar prácticas irracionales, que encubran fines espurios ajenos a la auténtica finalidad terapéutica, adecuada y necesaria. Con el despliegue de esta libertad, el profesional garantiza la calidad de la atención sanitaria y la racionalidad de las decisiones estatales. De esta manera, la libertad de actuación médica opera como modo de protección específica del Estado de Derecho racional, informando el conjunto del orden jurídico vigente.

En esta tarea, el rol y la función institucional que el médico desempeña son esenciales y el Estado no puede quedar indiferente frente al incorrecto ejercicio de esta libertad. Los riesgos que asume

¹⁵⁰ Para una mayor profundización de la libertad profesional como institución del Estado de Derecho, cfr. BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 24 (1988), p. 174 y ss.

¹⁵¹ Volveremos sobre este tema más adelante en este trabajo, en XI.5. Allí trataremos la objeción de ciencia como institución propia del Estado de Derecho Constitucional. Aunque realicemos el análisis desde la objeción de ciencia, resultará intuitivo para el lector identificar los elementos que nos llevan a considerar la libertad de actuación médica como instituto configurativo del Estado de Derecho.

el Estado de Derecho al desconocer esta libertad será materia que trataremos con especial detenimiento en el Capítulo VIII. Esta doble dimensión que presenta la libertad de actuación médica reclama un comportamiento específico de la autoridad en un Estado de Derecho Constitucional. El accionar de la estructura estatal no puede reducirse a respetar, no limitar, o no interferir en la efectividad del derecho a la libertad de actuación. Antes al contrario, se exige que la autoridad adopte una conducta positiva que contribuya a la efectividad más tuitiva del derecho en todo momento, incluso en circunstancias en las que no existiesen pretensiones de los particulares.

6. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

Existe relativo consenso en proponer como estructura de todo derecho humano una tríada formada por los sujetos (titulares y obligados), el objeto y el fundamento o base justificante¹⁵². Luego de advertir que la libertad de actuación se encuentra nacional e internacionalmente reconocida tanto en los ordenamientos deontológico y normativo, como por la jurisprudencia y la doctrina, repasaremos estos elementos, incorporando otros que nos permitirán definir su

¹⁵² Con distintos nombres pero de manera esencialmente idéntica, diversos autores propusieron esta estructura. Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, 1ª Ed., pp. 216-227; RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús..., pp. 111-142; GEWIRTH, Alan, "¿Are there any absolute rights?", en AA.VV., *Theories of Rights*, Ed. J. Waldron, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 95; entre muchos otros.

contenido esencial¹⁵³. En su metodología para analizar y glosar el contenido esencial del derecho, TOLLER¹⁵⁴ menciona que aquél se especifica a partir de:

1. Los fines para los cuales se lo reconoce,
2. el sujeto titular del derecho,
3. el sujeto pasivo que debe respetar o dar efecto al derecho,
4. el contenido propiamente dicho,
5. los deberes del titular,
6. las circunstancias en las que el titular pierde su derecho o puede renunciar a facultades relevantes y

¹⁵³ MARTÍNEZ-PUJALTE definía el contenido esencial de todo derecho fundamental desde una doble vertiente. Desde un primer ángulo, como “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito”. Desde otro, como la “parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Este autor identificaba el contenido esencial del derecho fundamental como el derecho mismo, con sus caracteres propios, rechazando la existencia de elementos nucleares y periféricos. Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997, p. 63. Asimismo, recomendamos cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Ara Editores, Piura (Perú), 2003, pp. 121-156.

¹⁵⁴ Cfr. TOLLER, Fernando María, “Interpretación...”, pp. 143-144.

7. las facultades que ostenta el titular para exigir su cumplimiento¹⁵⁵.

Siguiendo esta metodología, a través de las siguientes páginas desarrollaremos cada uno de estos elementos en referencia al derecho a la libertad de actuación médica. A estos efectos, para concretarlos acudiremos a los aportes de la doctrina, la jurisprudencia y las normas directamente relacionadas con el derecho analizado.

a. FINALIDAD Y CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

La dimensión teleológica, algunas veces postergada por los autores, es un elemento verdaderamente útil para estudiar la conducta humana. Ella brinda un norte orientador que nos permite comprender más acabadamente el sentido de los actos que realiza la persona.

¹⁵⁵ Para el análisis del contenido esencial del derecho, TOLLER sigue los postulados de FINNIS. Para su estudio, el profesor australiano propone:

- 1) la identidad del titular del deber que debe respetar o hacer efectivo el derecho,
- 2) el contenido del deber, en términos de descripciones específicas, incluyendo los plazos y otras consideraciones y condiciones para el cumplimiento del deber,
- 3) la identidad del titular del derecho-exigencia,
- 4) las condiciones según los cuales el titular pierde su derecho,
- 5) los derechos-exigencias, poderes y libertades del titular para el caso de incumplimiento del deber, y las libertades del titular del derecho incluyendo una especificación de los límites para no interferir con otras libertades.

CIANCIARDO sostiene que “la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental guarda una relación estrecha con el examen de su finalidad”¹⁵⁶. Si la centralidad de la persona orienta el análisis de todo operador del Derecho, en la relación sanitaria la centralidad del paciente sigue la misma suerte. Todo el despliegue de la actividad médica tiene como principal objetivo “promover, proteger, curar y rehabilitar la salud física y mental de los individuos, incluyendo la atención de los mismos para su reubicación social”¹⁵⁷.

Si la medicina puede identificarse como un arte y ciencia que se propone conocer para curar, la libertad de actuación busca que el profesional pueda obrar conforme a ese conocimiento en beneficio de la salud del paciente. Con la misma idea, la OMS ha entendido que el objetivo de la atención médica consiste en “poner al alcance de las personas y sus familias, los recursos de diagnóstico temprano, de tratamiento oportuno y de rehabilitación, de prevención médica y de fomento de la salud”¹⁵⁸. De igual manera, el Decreto español 2065/1974 de 30 de mayo establecía la libertad de prescribir las fórmulas magistrales siempre que “sean convenientes para la recuperación de la salud de los pacientes”. Asimismo, la Organización

¹⁵⁶ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, p. 279.

¹⁵⁷ FELD, Simon, *et al.*, *El control de la Atención Médica*, López, Buenos Aires, 1978, p. 55.

¹⁵⁸ Declaración de Alma Ata de la OMS de 1978. En igual sentido, SONIS, Abraam y PAGANINI, José María la delimitan como “la totalidad de servicios que se prestan directamente a las personas para la atención de la salud” Cfr. SONIS, Abraam *et al.*, *Medicina Sanitaria y Administración de Salud*, El Ateneo, Buenos Aires, 1978, Tomo II.

Médica Colegial afirmó que “[e]l primer compromiso del médico consiste en prestar a su paciente el mejor servicio del que sea capaz, tal como se lo dictan su competencia profesional y su ciencia”¹⁵⁹.

En cuanto finalidad primera o inmediata, el derecho busca que el profesional obre conforme a la *lex artis ad hoc*¹⁶⁰. Así lo establecía el Superior Tribunal Español cuando conceptualizó la libertad de actuación. Aquella fue concebida como la aptitud del profesional de elegir la solución más ventajosa para el bienestar del paciente, proponiendo los recursos que parezcan idóneos para el caso, de acuerdo con el estado de la ciencia¹⁶¹. De esta manera, se busca que el profesional actúe con independencia de criterio, solo inspirado

¹⁵⁹ OMC, Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre la Libertad de Prescripción del Médico, aprobada por la Comisión Central Deontológica en 1984 y revisada en 1998.

¹⁶⁰ Sobre el concepto de *lex artis* y *lex artis ad hoc*, cfr. III.3 de este trabajo.

¹⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL ESPAÑOL, SALA PRIMERA DE LO CIVIL, Recurso Número 2297/1999, Resolución N.º 125/2006 del 8 de febrero de 2006, Fundamento Jurídico 3º:

El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces al caso a tratar, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la Ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente. El médico es por tanto el encargado de señalar el tratamiento terapéutico individualizado en función de la respuesta del paciente y de prescribir el uso o consumo de un medicamento y su control, proporcionando una adecuada información sobre su utilización, al margen de la que pueda contener el prospecto.

por los mandatos de la *lex artis*, que concreta en la *lex artis ad hoc*. Recuerda la Declaración de Tokio que “el papel fundamental del médico es aliviar el sufrimiento del ser humano, sin que ningún motivo, personal, colectivo o político, lo aleje de este noble objetivo”¹⁶². En esta misma línea y de manera preclara, DE LOS REYES ha dicho que

[e]l fundamento de esta libertad no es otro que garantizar la prestación de un mejor servicio al cliente, que se presume que se ha de lograr con una mayor facilidad por quien es libre para decidir de acuerdo con su propio criterio técnico-científico, exento de toda presión externa.¹⁶³

Ahora bien, la libertad de actuación no es un bien que se agota en sí mismo, sino que posibilita la salud del paciente. Por

¹⁶² Cfr. Declaración de Tokio de la AMM sobre normas directivas para médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas. Una lectura veloz de la Declaración de Tokio podría hacernos creer que la finalidad de la medicina es sólo el alivio del dolor. En esta idea, la promoción de la salud parecería ser desconocida por la AMM. Por nuestra parte y conforme se desarrolla en la investigación, somos de la opinión que la medicina se orienta a ambas finalidades. Cfr. de este trabajo, I.4.a., II.2.a., II.6.a., III.2.a., III.2.b., IV.2.b.ii., IV.3.b. y VI.3.c. En una interpretación armónica del texto de la declaración, consideramos que la AMM ha deseado resaltar la finalidad terapéutica por oposición al castigo y no realizar un desarrollo pormenorizado de los distintos fines de la medicina como arte de curar.

¹⁶³ DE LOS REYES LÓPEZ, pp. 349-350. Aunque ha sido habitual en la doctrina utilizar el término “cliente”, consideramos más apropiado el término “paciente” para referirnos al destinatario de la práctica médica, pues es el *nomen* que utilizan las leyes especiales de Derecho Sanitario. No descartamos que en algunas oportunidades, por la naturaleza de la cuestión, resulte más conveniente utilizar el término “usuario” para referirnos al paciente, cuando el problema se suscita, por ejemplo, en supuestos de publicidad realizada por profesionales, regidos por la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

encontrarse orientada al servicio de un bien ajeno, esta libertad asume un carácter instrumental. Es decir, de manera mediata o secundaria, el derecho protege un bien que, por sus efectos, trasciende al propio profesional. La protección de esta libertad no solo resguarda el ejercicio libre de la profesión, sino teleológicamente, como finalidad segunda, la salud de los pacientes.

b. SUJETO TITULAR Y SUJETOS OBLIGADOS A RESPETAR EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

La temática de los sujetos titulares será abordado de manera pormenorizada en el próximo Capítulo, al tratar el ámbito subjetivo del acto médico. No obstante, en este acápite plasmaremos algunas ideas sobre los profesionales, más directamente relacionadas con el derecho a la libertad de actuación.

La ley 17.132 establece que el ejercicio de la medicina se encuentra reservado a los médicos, cirujanos y doctores en medicina, previa obtención de la matrícula correspondiente. Salvo circunstancias excepcionales que requieren una autorización expresa, el ejercicio de la medicina exige contar con un título válido expedido por una universidad nacional, privada o extranjera¹⁶⁴.

Atento a que es propio de los profesionales escoger la terapia más adecuada para el paciente singular, todos los sujetos que no intervienen en esa relación primaria se encuentran obligados a

¹⁶⁴ Este tema será visto en profundidad en el Capítulo III al abordarse los elementos del acto médico, específicamente los sujetos titulares de la libertad de actuación médica.

respetarlo¹⁶⁵. AGUILAR FLEITAS dirá que esa autonomía en la toma de decisiones que se reconoce al profesional es el rasgo más característico de ella pues diferencia a la profesión de cualquier otro oficio¹⁶⁶. El paciente también debe respetar el derecho a la libertad de actuación del profesional, sin perjuicio que puede rechazar el tratamiento propuesto. Este tema se verá pormenorizadamente en los puntos siguientes.

C. CONTENIDO *STRICTO SENSU* DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

En su dimensión individual, el contenido del derecho a la libertad de actuación médica se identifica con la facultad de los profesionales de elegir por sí, sin interferencias exteriores, la mejor estrategia terapéutica posible para el paciente singular, a la luz de la

¹⁶⁵ Sin perjuicio de que el planteo se realiza sobre la base del ejercicio de la medicina liberal, es válido traer a colación aquí la doctrina del Derecho Administrativo acerca de los funcionarios técnicos, que ilustra hasta dónde el derecho de libertad de actuación médica debe ser respetado por sujetos ajenos a la relación. Esta doctrina excluye del deber de obediencia a aquellos agentes de la Administración que tengan a su cargo funciones estrictamente técnicas pues para su desempeño solo deberían guiarse por la *expertise* científica ajena a órdenes superiores. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, 3ª Ed. actualizada, Tomo I, p. 599.

¹⁶⁶ Cfr. AGUILAR FLEITAS, Baltazar, "La relación médico-paciente. Dimensiones", *Revista Uruguaya de Cardiología* 29 (2014), pp. 148-149. A *contario sensu*, la Ley 17.132, al mencionar las obligaciones de los colabores médicos, en su artículo 47^º sostiene que "[l]os que ejerzan actividades de colaboración, estarán obligados a: a) Ejercer dentro de los límites estrictos de su autorización; b) Limitar su actuación a la prescripción y/o indicación recibida..."

evidencia disponible. En todos los casos, para que esta libertad se desarrolle apropiadamente, resultan indispensables dos premisas: una sólida capacitación técnica y un contexto adecuado para su ejercicio¹⁶⁷.

En cuanto a la capacitación técnica, por las características de la medicina, la libertad de actuación médica debe proponer tratamientos probados con base científica. En cuanto al ámbito de ejercicio, será adecuado aquél que permita al médico elaborar con independencia su opinión profesional. Ambos elementos configuran los presupuestos necesarios para que el médico sea capaz de brindar el mejor servicio según su competencia profesional y su ciencia, es decir, una atención médica apropiada¹⁶⁸, de buena calidad¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Cfr. GALÁN HERRERA, Sara, *et al.*, "Consideraciones éticas acerca de la prescripción farmacéutica", *Revista clínica en atención primaria* (2003), p. 22.

¹⁶⁸ Cfr. Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente de la AMM, adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial celebrada en Lisboa, Portugal en septiembre y octubre de 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General celebrada en Bali, Indonesia en septiembre de 1995 y revisada su redacción en la 171ª Sesión del Consejo en Santiago, Chile en octubre de 2005. En este mismo sentido el Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina de 1997 en su artículo 3º establece:

Las partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada.

¹⁶⁹ En su acepción técnica-científica, el concepto de calidad incluye una fundamentación basada en evidencia, formación profesional idónea, constante actualización y una visión crítica de las propuestas novedosas sin pruebas experimentales. Cfr. WARREN, Kenneth S. y MOSTELLER, Frederik, "Doing more good than harm: The Evaluation of Health Care Interventions. Conference

Es tarea privativa del profesional de la salud, luego de sopesar la utilidad, validez, eficacia y seguridad del tratamiento en el caso concreto, adoptar la decisión que considera idónea y proponerla al paciente¹⁷⁰. Así, siempre que actúe con juicio clínico y ético propio (incluso a pesar de las interferencias exteriores), quedará configurada la independencia profesional.

d. LÍMITES Y CIRCUNSTANCIAS QUE LLEVAN A LA PÉRDIDA DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN ha sostenido que el ejercicio de la libertad de actuación médica debe encuadrarse dentro de los límites impuestos por:

1. La idoneidad técnica,
2. el respeto a las prohibiciones legales y
3. la sujeción del tratamiento a la *lex artis* basada en evidencia científica.¹⁷¹

proceedings”, *Annals of the New York Academy of Sciences* 703 (1993) y ROSSELOT, Eduardo, “Derechos del paciente, en el marco de calidad de la atención médica”, *Revista Médica de Chile* 128 (2000), pp. 904-910.

¹⁷⁰ En un sentido similar, la Ley 26.657 de Salud Mental en su artículo 7º reconoció a las personas con padecimiento mental los derechos a “recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos” y “a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente”.

¹⁷¹ Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Libertad profesional del médico...”, pp. 11-51.

Dicho de otro modo, los profesionales están constreñidos a proponer tratamientos:

1. terapéuticamente idóneos,
2. legalmente permitidos y
3. que estén ordenados a la *lex artis*.

Como puede colegirse, la libertad de actuación no admite un ejercicio absoluto, sino que se encuentra limitada *ab extra* y *ab intra*. En relación con la limitación externa, la libertad debe compatibilizarse con la autonomía del paciente, las exigencias impuestas por el bien común y los recursos disponibles.

Como se verá en el Capítulo IV, en la relación médico-paciente, el profesional debe conciliar el ejercicio de la libertad de actuación con las legítimas expectativas del destinatario. Salvo excepciones expresamente contempladas por el ordenamiento, una práctica sin el consentimiento del paciente implicaría un atentado a su integridad corporal y una ofensa a su capacidad de autodeterminación.

Asimismo, como será materia del Capítulo V, el médico debe desarrollar su actividad profesional dentro de un orden social justo, armonizando su libertad de prescripción con las razonables exigencias que exige una convivencia armónica y pacífica.

Por último, el profesional debe ser consciente de las limitaciones objetivas sobre los recursos disponibles. Esto significa que no debe facilitar fármacos o tratamientos como medicina complaciente, o cuando los recursos no hayan demostrado eficacia. No debe olvidar tampoco la ponderación económica que, sin ser la principal ni eminente, debe tenerse en cuenta para prescribir un tratamiento médico con responsabilidad. El médico se encuentra sujeto a la obligación deontológica de prescribir con moderación al momento de prevenir, diagnosticar y tratar una enfermedad. Esto excluye la

indicación de fármacos y tratamientos de escasa o nula utilidad o cuando existen otros con idéntica eficacia, cuyo costo es menor.

En relación con las limitaciones internas, los facultativos no deben emplear terapias de las cuales no posean el conocimiento científico y la *expertise* suficiente. Lo contrario supondría una negligencia profesional por el uso de una ciencia para la cual no se encuentran debidamente preparados. Los profesionales deben actuar dentro del ámbito de sus competencias, según la formación recibida y no incurrir en materias para las cuales no han incorporado los saberes necesarios. Asimismo, se excluye de su ejercicio aquellas prácticas no reconocidas por la comunidad científica internacional y las carentes de evidencia.

Las circunstancias que llevan a la imposibilidad de invocar la libertad de actuación será materia del capítulo VII cuando abordemos la responsabilidad profesional. Aquí solo mencionaremos que atento a que la libertad resulta consustancial a la medicina como ciencia y profesión, su carácter es irrenunciable y no resulta posible hablar de medicina sin ella.

e. DEBERES DEL TITULAR

Las obligaciones del médico, en materia de libertad de actuación, son corolario y contracara de los derechos del paciente¹⁷². El Código deontológico médico de la COMRA pone en cabeza del profesional el deber de asistencia como primera exigencia y dota al titular

¹⁷² GUZMÁN MORA, Fernando, *et al.*, "El acto médico. Implicancias éticas y legales", *Acta médica colombiana* 34 (2009), p. 264.

de facultades para garantizar su cumplimiento¹⁷³. Este deber de asistencia llega a extenderse con modulaciones, incluso durante las huelgas médicas, para que sean consideradas éticamente justificadas¹⁷⁴.

Luego de la asistencia, al profesional se le exige actuar con libertad, apartado de imposiciones dogmáticas, ya sean ellas jurídicas o científicas. El Código Internacional de Ética Médica de la AMA exige que el profesional ponga a disposición de sus pacientes todos los recursos de su ciencia, procurando los mejores intereses de este último¹⁷⁵. Esta obligación se extiende a cuestiones de orden técnico y humano e impone

estar al día, mediante el estudio y la educación continuada [...], obliga al médico a disponer de las condiciones técnicas y morales necesarias para que pueda actuar con independencia y responsabilidad¹⁷⁶.

Asimismo establece que los médicos siempre deben aplicar su opinión independiente y mantener el más alto nivel de conducta profesional. En este sentido, constituye un imperativo categórico,

¹⁷³ Cfr. artículo 14° del CE médica de la COMRA.

¹⁷⁴ Cfr. artículos 212° del CE médica de la COMRA y 299° del CE médica de la AMA.

¹⁷⁵ Cfr. Código Internacional de Ética Médica Adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM en Londres, Inglaterra en octubre de 1949 y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial en Sydney, Australia en agosto de 1968 y la 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia en octubre de 1983.

¹⁷⁶ HERRANZ, Gonzalo, "El código de ética...", p. 338.

garantizar que su opinión no se vea afectada o influenciada por un beneficio personal o discriminación injusta.

Por otro lado, toda la actividad desplegada por el profesional se apoya en el deber de obrar conforme a ciencia. En reiteradas ocasiones, la deontología, así como las normas de creación de los colegios, mencionan este asunto¹⁷⁷. No está de más indicar que el Código de Ética médica de la COMRA lo aborda expresamente¹⁷⁸. La OMC de

¹⁷⁷ Cfr. artículos 30º inciso b) de la Ley 4177 de Jujuy, 3º y 25º de la Ley 4853 de Córdoba y 31º inciso 4), 50º y 89º del Código de Ética de esa provincia, 9º inciso h) de la Ley 7674 de La Rioja, 32º de la Ley 3818 de Entre Ríos, 12º, 132º de la Ley 4931 de Santa Fe, 19º y 54º del Decreto Ley 5413/58 de Buenos Aires, 4º inciso 2) de la Ley 1380 de Santa Cruz, 9º, 104º, 105º, 113º a 115º, 163º y 173º del CE médica de Misiones. Sobre el deber de ciencia, cfr. de este trabajo, II.6.a., II.6.d. y II.6.e.

¹⁷⁸ Afirma el artículo 27º del CE médica de la COMRA: “el médico no confiará sus enfermos a la aplicación de cualquier medio de diagnóstico o terapéutico, nuevo o no, que no haya sido sometido previamente al control de las autoridades científicas reconocidas”. El artículo 104º sostiene que “[t]odos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad humana y científica. El médico tiene responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional y se compromete a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a sus pacientes, según el arte médico, los conocimientos científicos vigentes y las posibilidades a su alcance”. Finalmente, el artículo 113º prescribe que “[e]l ejercicio de la medicina es un servicio basado en el conocimiento científico, en la destreza técnica y en actitudes éticas, cuyo mantenimiento y actualización son un deber individual del médico y un compromiso de todas las organizaciones y autoridades que intervienen en la regulación de la profesión”. En un sentido similar, cfr. artículos 114º, 115º, 151º del mismo Código. HERRANZ sostenía que los códigos deontológicos “imponen el deber de ciencia, de estar al día, mediante el estudio y la educación continuada. Obliga al médico a disponer de las condiciones técnicas y morales necesarias para que pueda actuar con independencia y responsabilidad”. HERRANZ, Gonzalo, “El código de ética...”, p. 338.

España y el Código de Ética médica argentino han recalcado que la actuación médica debe respetar la evidencia científica y la normativa específica¹⁷⁹. Esto se encuentra refrendado por la prohibición de los incisos 4º, 7º y 8º del artículo 20º de la Ley 17.132 que garantizan el ejercicio adecuado, es decir ajustado a ciencia, de la medicina.

Frente al conjunto de deberes que recaen sobre el profesional (de asistencia, de brindar una atención médica de calidad, de obrar conforme a la evidencia científica y *lex artis ad hoc*), la independencia de criterio aparece como una consecuencia necesaria¹⁸⁰ y de cara a los pacientes un deber ineludible. En definitiva, el motivo nuclear de la autonomía profesional radica en la necesidad de garantizar a todos que el galeno emitirá su juicio con absoluta libertad, guiado por las necesidades específicas del paciente y solo sujeto —eventualmente— al control de sus colegas.

¹⁷⁹ Cfr. OMC, *Manual de ética y deontología médica*, Madrid, 2012, p. 86. Lo mismo se recoge en el artículo 23.1 del CE médica argentino. A saber:

El médico debe disponer de libertad de prescripción, respetando la evidencia científica y las indicaciones autorizadas, que le permita actuar con independencia y garantía de calidad.

¹⁸⁰ La independencia profesional no es privativa de los médicos sino que se extiende a todos los profesionales de la salud. Esta realidad ha sido reconocida en distintos ordenamientos. Entre muchos otros, la Ley 10.847 de Entre Ríos sobre los derechos de los acompañantes terapéuticos, afirma que son derechos esenciales a ellos: “realizar los actos propios del ejercicio de la profesión con libertad científica, dentro del marco legal. De la misma manera, la Ley 330 A, en su artículo 7º inciso c), de la provincia de San Juan establece el deber del Colegio profesional de “[d]efender los derechos e intereses profesionales de sus miembros y garantizar el libre ejercicio de la profesión”.

La exigencia de velar por un ámbito de decisión libre e independiente configura un verdadero deber para el profesional. Cuando el médico no dispone de libertad de prescripción, debe poner en conocimiento al organismo pertinente, al colegio y al paciente de tal circunstancia¹⁸¹. La independencia de criterio impone sobre el profesional un deber de denunciar todas las circunstancias que atenten contra esa libertad de actuación, incluso cuando provengan del paciente. En un sentido similar HERRANZ sostenía que el paciente y el médico tienen la obligación de respetar mutuamente la libertad de elección del otro. Más aún, deben colaborar en la búsqueda de la asistencia médica de mayor calidad y están obligados a denunciar sus deficiencias¹⁸². No solo en los casos donde el médico se encuentra impedido de su ejercicio, sino también en aquellos donde se advierte la limitación en otro colega.

En síntesis, la libertad de actuación no es una dádiva graciosa concedida a unos pocos profesionales elegidos. Es una exigencia y el presupuesto básico de su desempeño. No es un privilegio que el Colegio otorga a algunos médicos luego de largos años de trabajo y una trayectoria inmaculada. Es la lógica consecuencia de la autonomía profesional, fruto del carácter científico e intelectual de la medicina. El ejercicio de esta libertad es el más portentoso de los derechos y

¹⁸¹ Cfr. artículos 10º, 112º y 115º del CE médica de la COMRA, 56º del CEMES, 11º del CE médica de Buenos Aires, 6.4, 23.3, 49.3 y 72.2 del CE médica de la OMC de España sancionado en 2022, 108º del CE médica de Misiones, 10º del CE médica de Perú, entre muchos otros.

¹⁸² HERRANZ, Gonzalo, "El código de ética...", p. 338.

deberes del médico, que lo hace capaz de ejercer su trabajo con ciencia, en beneficio del paciente.

f. FACULTADES DEL TITULAR PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO

La facultad para exigir el cumplimiento de la libertad de actuación médica será materia de la Segunda Parte de este trabajo. Baste aquí indicar que la objeción de ciencia es la facultad por antonomasia para defender la libertad de actuación en caso de que se vea vulnerada.

Existen otros remedios previstos por el ordenamiento para exigir el cumplimiento de la libertad de actuación médica según el contexto en donde se desarrolla. Entre los mecanismos de protección específicos, se encuentran las medidas de tutela urgente —cautelares y autosatisfactivas— que pueden interponerse contra los particulares y las autoridades públicas cuando se pretende con arbitrariedad restringir el ámbito de decisión profesional. Asimismo, hallamos los recursos —tanto administrativos como judiciales— que permiten enfrentar directamente la irrazonabilidad de la norma cuestionada.

7. CONCLUSIONES

De las páginas anteriores concluimos que la libertad de actuación médica, entendida como el conjunto de las libertades de diagnóstico, tratamiento y prescripción, resulta un bien de carácter instrumental al servicio del paciente. Esta libertad es ontológicamente comunicativa, es decir, no se limita a la mera meditación interna, sino que tiene por vocación exteriorizarse a través de una conducta

material. Este bien se encuentra protegido por el derecho de actuación médica el cual, para resultar legítimo, debe ejercerse de manera razonable.

La libertad de actuación médica es conceptualizada como la facultad del profesional para elegir aquel tratamiento que, según su leal saber y entender, considera más eficaz para el paciente. Con estos términos ha sido reconocida de manera expresa en distintos ordenamientos nacionales e internacionales, en el orden deontológico, doctrinal y jurisprudencial.

Conforme se demostró, esta manifestación específica de libertad puede entenderse como un derecho humano no enumerado, derivado de la libertad de trabajo. Con relación al contenido esencial concluimos que:

1. El fin al cual se ordena es garantizar una atención médica de calidad en beneficio de la vida y la salud del paciente;
2. la titularidad del derecho recae en los profesionales médicos dentro del ámbito de sus competencias;
3. todas las personas ajenas al profesional están obligadas a respetar el ejercicio esta libertad, particularmente: el paciente y la autoridad pública y privada;
4. el contenido propiamente dicho consiste en la facultad de elección de la mejor estrategia terapéutica para el paciente;
5. su ejercicio se encuentra limitado por elementos internos (el reconocimiento de la comunidad científica, la evidencia y la *expertise* profesional) y externos (la autonomía del paciente, las exigencias del Bien Común y los recursos disponibles); y
6. como corolario y contracara de los derechos del paciente, encontramos los deberes de asistencia, de obrar conforme a

estándares científicos, de independencia de criterio y de denunciar todas las circunstancias que atentan contra ella.

CAPÍTULO III

EL ACTO MÉDICO COMO RESULTADO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

Hemos desarrollado las características de la medicina como ciencia y profesión, mostrando por qué la libertad científica es una de sus notas distintivas. Asimismo, hemos repasamos el concepto, naturaleza y elementos que componen su contenido esencial. En el presente capítulo abordaremos el acto médico como resultado concreto de su despliegue y manifestación externa por antonomasia. Digámoslo así, el acto médico es la libertad de actuación en movimiento.

Siempre que hagamos mención del acto médico nos estaremos refiriendo a los actos médicos directos. Esto es, “aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo [, los cuales] pueden ser preventivos,

diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación”¹⁸³. En cambio, no trataremos los llamados actos médicos indirectos o extracorpóreos ni los institucionales, que no tienen por fin inmediato intervenir en la patología del paciente¹⁸⁴.

Cabe aclarar que al momento de su configuración el acto médico transcurre por distintas etapas como el análisis, el diagnóstico y el tratamiento. No desconocemos que algunas veces pueda resultar dificultoso discernir con claridad dónde y cuándo comienza y termina cada una de ellas, máxime cuando en ocasiones suceden casi en simultáneo. En nuestro caso, siempre que nos refiramos al acto médico lo haremos indistintamente en relación con cualquiera de estos tres momentos.

Para iniciar el tema, proponemos al lector abordar el séptimo interrogante: ¿qué estándares éticos, jurídicos y científicos debe superar el acto médico para considerar que ha sido correctamente ejercido?

2. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ACTO MÉDICO

El acto médico, en tanto es producido por un científico y acarrea consecuencias sobre la vida y la salud de otros hombres, puede

¹⁸³ GUZMÁN MORA, Fernando, *et al.*, “El acto médico. Implicancias éticas y legales”, *Acta médica colombiana* 34 (2009), p. 263.

¹⁸⁴ Para una mayor comprensión de los distintos actos médicos, sugerimos consultar GUZMÁN MORA, Fernando, “El acto médico: consideraciones básicas”, *Revista Medicina* 23 (2001), pp. 8-13.

y debe ser estudiado desde su dimensión ética y científica¹⁸⁵. Además, en tanto que del acto médico se derivan efectos que impactan en el mundo del Derecho, puede entenderse como un acto jurídico y debe ser estudiado desde esta dimensión¹⁸⁶.

En el Derecho sanitario la presencia de hechos médicos es una realidad cotidiana: la muerte, la enfermedad o el nacimiento, son ejemplo de algunos sucesos, que el ordenamiento ha dotado de relevancia, por su aptitud para transformar el *statu quo* jurídico del paciente, del profesional y de terceros interesados. Por este motivo, además de ser médicos, estos hechos pueden considerarse jurídicos. Tanto el hecho como el acto jurídico tienen esta capacidad de modificar una determinada situación jurídica. Sin embargo, a diferencia del primero que incluye actos humanos involuntarios y eventos naturales, el segundo implica una actuación estrictamente humana, con un necesario componente volitivo, en donde el profesional actúa con todas sus facultades personales.

Haciendo una analogía de la tradicional definición de los actos jurídicos, el acto médico es todo hecho humano voluntario lícito

¹⁸⁵ Cfr. GUZMÁN MORA, Fernando, *et al.*, "El acto médico...", p. 264. En este mismo sentido, cfr. GUZMÁN MORA, Fernando, "El acto médico...", p. 10. El autor sostiene:

Cuando el médico actúa como tal, manipula técnicas y conocimientos con miras a un resultado concreto. Este fin buscado por el ejercicio de la medicina tiene implicaciones ante la ley. Es pues, el acto médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad.

¹⁸⁶ HUERTA LARA, María del Rosario, "El acto médico y sus implicancias en el derecho civil", *Letras Jurídicas* 32 (2015), p. 67.

realizado por un médico, capaz de producir de manera directa e inmediata la curación de una enfermedad o la promoción de la salud del paciente. Esta definición nos ubica dentro del ámbito de los actos voluntarios por oposición a los hechos, los que —incluso tratándose de un comportamiento material con consecuencias en la salud—, pueden encontrarse fuera de la voluntad del profesional.

En su artículo 6.1 el Código español de Deontología Médica define al acto médico como

toda actividad lícita y guiada por la *lex artis ad hoc* desarrollada por un profesional médico legítimamente capacitado, ya sea en su ámbito asistencial, docente, investigador, pericial, de actividad evaluadora, inspectora, de planificación, gestión sanitaria u otro.

Esta definición, con sus matices, es aceptada por la mayoría de los Códigos Deontológicos de Europa y América Latina, y existe suficiente consenso entre los doctrinarios del Derecho de la Salud¹⁸⁷ y la normativa acerca de ella.

BUERES al respecto indica que “acto médico es aquel que sólo puede ser llevado a cabo por un médico legitimado, que recae sobre el cuerpo humano vivo o muerto, y que tiene una finalidad curativa

¹⁸⁷ En el presente capítulo no se pretende abordar las distintas concepciones del acto médico en cuanto tal, sino desarrollar su relación con la libertad de actuación médica. Para un desarrollo de las distintas definiciones que se han intentado sobre el acto médico y su evolución doctrinal, cfr. CASA MADRID MATA, Octavio, “El acto médico y el derecho sanitario”, *Revista CONAMED* 10 (2005), pp. 16-23 y GUERRERO-SOTELO, Roxana Nayeli, *et al.*, Responsabilidad jurídica del acto médico sanitario, *Revista CONAMED, Derechos humanos y salud* 24 (2019), pp. 40-46.

directa o indirecta”¹⁸⁸. A su turno, LORENZETTI señala que “engloba un opus configurado por la promesa por parte del facultativo de desarrollar una conducta tendiente a obtener la curación de su paciente, aplicando para ello toda su capacidad técnica y humana”¹⁸⁹. VARSÍ ROSPIGLIOSI lo define como “toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión médica”¹⁹⁰. GARAY los asocia a aquellos hechos de naturaleza médica que, protagonizados por un médico legitimado, recaen —en principio— sobre el cuerpo humano y tienen una finalidad curativa directa o indirecta¹⁹¹.

Entre las distintas características que suelen atribuirse al acto médico¹⁹², se encuentran la licitud, la profesionalidad y la ejecución típica. A partir de ellas, es posible descubrir sus elementos esenciales¹⁹³: finalidad, sujeto y objeto respectivamente. Pasamos a analizar cada uno de ellos.

¹⁸⁸ BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1994, 2ª Ed., p. 69.

¹⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, Tomo I, pp. 361-362.

¹⁹⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho médico peruano*, Editorial Grijley, 2006, 2ª Ed., p. 56.

¹⁹¹ Cfr. GARAY, Oscar Ernesto, “El médico. Conceptos generales”, en AA. VV., *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Bioética y jurídica: civil y penal*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 56.

¹⁹² Cfr. VERA CARRASCO, Oscar, “Aspectos éticos y legales en el acto médico”, *Rev. Med. La Paz* 19 (2013), p. 73.

¹⁹³ *Ibid.*

a. FINALIDAD DEL ACTO MÉDICO

La finalidad de la medicina ha sido tratada con anterioridad en este trabajo destacando su estrecha vinculación con la defensa de la vida y la salud del paciente¹⁹⁴. Debemos aclarar que la determinación específica de los fines de la medicina (y con ello del acto médico) es una materia que trasciende al Derecho y que su discusión exige realizarse en concurso con otras ciencias. Para ello, debe acudir a elementos que aportan la Sociología, la Filosofía de la Ciencia, la Antropología y otras disciplinas que estudian el fenómeno médico. Por nuestra parte, y tratándose de una tesis que pretende realizar una contribución al Derecho, realizaremos un abordaje estrictamente jurídico.

La jurisprudencia ha concebido al acto médico como un acto complejo que tiene por fin inmediato el diagnóstico y tratamiento de una enfermedad buscando superarla o mitigarla¹⁹⁵. En algunas oportunidades, los jueces han reconocido esta finalidad de manera implícita al analizar la conducta de los profesionales que obran movidos por este objetivo¹⁹⁶. La CIDH también la ha identificado como

¹⁹⁴ Cfr. en este trabajo I.4.a. y II.6.a.

¹⁹⁵ Cfr. BELITZKI, Luis, "Daños y perjuicios causados en el ejercicio de la medicina en la jurisprudencia de la provincia de Córdoba", *Jurisprudencia Argentina*, cita online 0003/70023317-1.

¹⁹⁶ Cfr. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL N.º 3 DE CONCORDIA, *B., O. A. y V., N. G. s/ medida autosatisfactiva*, 2016; CACAMDP, *S., G. y otro c/ IOMA*, sentencia del 24 de noviembre de 2012; CNACCF, Sala III, *D. S., W. c/ Sanatorio Colegiales S.A y otros*, sentencia del 25 de febrero de 2010, entre muchos otros.

elemento del acto médico¹⁹⁷ y la doctrina ha hecho lo propio, entendiéndose que “[a] través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente”¹⁹⁸. Esta finalidad, que llamaremos terapéutica, es recogida por diversas normas del Derecho sanitario¹⁹⁹. La promoción de la salud incluye la finalidad curativa, pero no se agota en ella. La identificación de la finalidad terapéutica con la idea de promoción sanitaria nos parece más apropiada, pues permite integrar en su concepto los desarrollos de la medicina actual que procuran mejorar la calidad de vida de personas con enfermedades irreversibles²⁰⁰.

Como fácilmente puede inferirse, el fin de la medicina —y con ella del acto médico— remite necesariamente al concepto de salud,

¹⁹⁷ Cfr. CIDH, *Palacio Urrutia y otros c/ Ecuador*, Serie C 446, 2021, del voto del Dr. Zaffaroni, punto 109 y del mismo tribunal, *I. V. c/ Bolivia*, Serie C 329, 2016, puntos 313 y 314.

¹⁹⁸ Cfr. GUZMÁN MORA, Fernando, *et al.*, “El acto médico...”, p. 263.

¹⁹⁹ Por ejemplo, el artículo 32º de la Ley General de Salud mexicano, el artículo 8º de la Ley argentina 16.463, artículos 13º y 56º de la Ley argentina 17.132. La doctrina la ha definido igual. Cfr. MIRKOVIC, Aude y ANDORNO, Roberto, “Nueva ley francesa de bioética del 2 de agosto de 2021. Análisis crítico de sus disposiciones en materia de procreación asistida”, *SJA* 4 (2021), p. 15, cita online TR LALEY AR/DOC/3285/2021 y CANTAFIO, Fabio Fidel, “Teoría general sobre el uso compasivo de medicamentos”, *DFyP* (2021), p. 189.

²⁰⁰ Un ejemplo de ello es el cuidado paliativo, entendido como “la asistencia activa y total, de los pacientes y de sus familias por un equipo multiprofesional, cuando la enfermedad del paciente no responde al tratamiento curativo”. Estos cuidados buscan controlar los síntomas y aliviar el sufrimiento cuando el cuadro fuera irreversible. Cfr. OMS, *Reporte Técnico*, Serie 804, Ginebra, 1990.

el cual no se encuentra cerrado ni exento de debates²⁰¹. ¿Qué entendemos por “promover la salud” o “curar”? ¿hasta qué punto podemos hablar de personas enfermas y sanas? A pesar de los intentos de la doctrina de llegar a una definición omnicompreensiva de salud, esta discusión no se encuentra clausurada²⁰².

²⁰¹ Hemos hecho mención con anterioridad, de las críticas que recibe el actual concepto de salud que propone la OMS. En este sentido, cfr. en particular nota 49 de este trabajo. En relación con otras discusiones sobre el concepto de salud, cfr. GARAT, María Paula, *Revista de Derecho. Segunda época* 10 (2015), pp. 59-79 y ANTAS TORRONTEGUY, Marco Aurelio, “Derecho Sanitario: un campo interdisciplinario”, en AIZENBERG, Marisa (dir.), *Estudios acerca del Derecho de la salud*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014, 1ª Ed., pp. 3-15, entre otros.

²⁰² Etimológicamente, la definición de salud nos remite a *salus* y *salvatio*. Con estos conceptos los antiguos querían significar la superación de obstáculos que se le presentan al ser humano. Estas palabras llegan hasta nuestros días en los términos de salud y salvación, de lo que podemos extraer que la superación puede predicarse tanto de dificultades naturales como sobrenaturales. Como concepto opuesto encontramos *infirmitas*, con el que los antiguos significaban la debilidad o pérdida de fuerza y actualmente traducimos con el término “enfermedad”. Por otra parte, en un breve pero incisivo estudio, ECHAVARRÍA concluye que TOMÁS DE AQUINO, se refería a la salud “como la armonía del organismo que deriva del equilibrio de sus cualidades sensibles [mientras que la] alteración de esas cualidades sensibles produce la enfermedad”. ECHAVARRÍA, Martín F., “Las enfermedades mentales según Tomás de Aquino [I], sobre el concepto de enfermedad”, *Scripta Mediaevalia* 1 (2008), p. 102. BESIO ROLLERO entiende la salud como “una perfección entitativa que le corresponde naturalmente al hombre y que este por alguna razón a veces no posee, ya por haberla perdido o por no haberla poseído nunca”. A mayor abundamiento diremos que este autor analiza la salud y la finalidad terapéutica partiendo de algunos elementos. A saber: normalidad, funcionalidad operativa, tendencialidad e individualidad del ser humano. Cfr. BESIO ROLLERO, Mauricio, “El acto médico: ¿una creación original? Reflexiones sobre su esencia, surgimiento y riesgos a los que se expone”, *Acta Bioethica* 16 (2010), pp. 51-60.

Hasta la primera mitad del siglo XX, este concepto de salud remitía a lo eminentemente somático. Así, el arquetipo de persona sana era aquella que, aunque padeciese algunos de los procesos que hoy consideramos enfermedades, podía desarrollar con normalidad su actividad ordinaria. Con la creación de la OMS, la salud adquirió el estatus de “derecho humano universal”²⁰³ y años más tarde, de “derecho fundamental del hombre”²⁰⁴.

En 1948 la OMS definió la salud desde una doble vertiente. La conceptualizó como ausencia de enfermedad (aspecto negativo) y “un estado de completo bienestar físico, psíquico y social”²⁰⁵ (aspecto positivo). Veintidós años después, la Oficina Regional para Europa de la OMS volvió a abordar el concepto caracterizándola como un proceso dinámico entre el sujeto y su entorno²⁰⁶ contrastando la visión estática que podría tenerse anteriormente de ella.

Sin mucho esfuerzo, las inquietudes que genera esta definición se muestran por sí mismas. Al tratarse de un concepto

²⁰³ Cfr. principio 2º del Preámbulo de la Constitución de la OMS, 1947.

²⁰⁴ Cfr. 23ª Asamblea Mundial de la Salud de la OMS, 15ª sesión plenaria del 21 de mayo de 1970, punto 4. (Código de documento: WHA23.41 disponible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/104655/WHA23.41_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y el 1 de mayo de 2023).

²⁰⁵ Cfr. principio 1º del Preámbulo de la Constitución de la OMS, 1947.

²⁰⁶ En esta misma línea, PARDO relaciona la salud con el estado interno de todo ser vivo, que permite mantener cierta independencia y diferenciación de su ámbito exterior. PARDO, Antonio, “¿Qué es la salud?”, *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra* 41 (1997), pp. 4-9.

indeterminado, definir el bienestar no resulta una tarea fácil. Algunos autores objetan esta definición por resultar irreal, o al menos inalcanzable.

Otro motivo de crítica reposa en su carácter subjetivo. El concepto de salud como ha sido expuesto no aporta elementos objetivos que permitan ilustrar qué se entiende por persona sana. De hecho, algunos autores han llegado a denunciar que la definición de la OMS no ofrece criterios de medición para cuantificar la salud. PARDO afirma que la definición de salud, ambigua y obtusa que propone la OMS resulta peligrosa²⁰⁷. Como sostiene PARDO IOSA,

la principal dificultad de esta definición es que nos llevaría a concluir que la salud es una categoría subjetiva que depende solamente de la apreciación personal del paciente.²⁰⁸

En el Derecho argentino, LORENZETTI, ha mencionado que el concepto de salud

es una definición descriptiva, es una aspiración. No es operacional y por ello no puede ser trasladada sin retoques al plano de las operaciones jurídicas. Una cosa es que estemos dispuestos a admitir que la salud es el completo bienestar y otra es que estemos dispuestos a obligar a alguien a procurarlo.²⁰⁹

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ PARDO IOSA, Mariana, "Vida digna y derecho a la salud en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Forum* 12 (2021), p. 125.

²⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo, "Cláusulas abusivas en el contrato de medicina prepaga", *Jurisprudencia Argentina* 1997, III, p. 137.

Más allá de las discusiones concretas que puedan generarse alrededor del concepto y exceden el objeto de esta tesis, el acto médico como acto propio de la medicina debe participar en sus mismos fines, esto es: salvar una vida, mejorar la salud, prevenir la enfermedad, rehabilitar al enfermo o promover su bienestar. En los casos en los que esta finalidad no se encuentre acreditada, no deberá reputarse como médico tal acto²¹⁰, más allá que quien lo ejecute sea un profesional o se lleve a cabo en una institución de salud²¹¹. Por tanto, la finalidad terapéutica debe concurrir para tener por configurado el acto como tal. Incluso, los ordenamientos deontológicos sostienen que el acto médico no puede tener por finalidad exclusiva el lucro,

²¹⁰ BESIO ROLLERO sostiene que esta clase de actos nunca deben ser realizados por los médicos. Así, menciona que “[d]esde los inicios de la medicina y más bien desde que la medicina se constituyó como una disciplina independiente con objeto y metodología propia, el médico ha estado expuesto a aplicar sus conocimientos para fines ajenos a su profesión y es por ello que ya en el siglo IV a. de C. en el juramento hipocrático además de resaltar la intención curativa del acto médico, expresamente se advierte sobre no aplicar este arte para causar la muerte. [...] El médico nunca debe realizar un acto que directamente provoque la muerte de alguien a su cuidado”. BESIO ROLLERO, Mauricio, “Sobre el acto médico”, *Cuadernos de Bioética* 1 (2003), pp. 32-33.

²¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ MARTÍN, Esteban, “Fundamentación deontológica para una objeción de conciencia al diagnóstico prenatal eugenésico” en TOMÁS Y GARRIDO, Gloria María (coord.), *Entender la objeción de conciencia: Jornadas de Bioética de la Universidad Católica San Antonio*, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia, 2011, pp. 125-167. En este mismo sentido ha dicho BESIO ROLLERO que existen actos que son ejecutados por el médico pero no son estrictamente actos médicos, como por ejemplo peritajes o dictámenes profesionales. Cfr. BESIO ROLLERO, Mauricio, “Sobre...”, p. 35 y DÍEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, “Marco jurídico actual de la objeción de conciencia sanitaria”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 11 (2010), p. 83.

sino que debe encontrarse junto con el terapéutico²¹². Como tiene dicho la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín,

[l]a medicina comporta un deber humanitario y altruista de consagrar al enfermo todos los estudios y afanes que el título universitario obliga. En este sentido, lo que guía la actividad profesional, sobre todas las cosas, es algo más elevado que el pago de una remuneración.²¹³

b. SUJETO DEL ACTO MÉDICO

Hemos dicho que para configurar el acto médico se necesita la concurrencia de un sujeto legítimamente capacitado. ¿De qué legitimidad se habla en este caso? Naturalmente, el sujeto del acto médico debe ser capaz de asumir su análisis y decisión, y luego proponer los medios razonables para conseguir la finalidad terapéutica deseada. En otros términos, debe ostentar la soberanía y jerarquía terapéutica necesaria sobre el acto médico para lograr la finalidad. Aquellos que no están capacitados para proponer medios adecuados y conseguir la finalidad terapéutica del caso concreto, no pueden ser propiamente sujetos del acto médico. A continuación, se expondrán algunos casos prácticos para ilustrar lo mencionado.

²¹² Cfr. artículos 213^o del CE médica de COMRA y 42^o del CE médica de Chile: “El acto médico, cuyo objetivo primordial es prestar un servicio buscando la salud del paciente, no podrá tener como fin exclusivo el lucro”.

²¹³ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN MARTÍN, SALA 1, *S. J. A. y otra c/ tlm y otro*, septiembre 28-979, La ley 1980 A 413.

i. LOS LEGOS EN SITUACIÓN DE EMERGENCIA

En el primer grupo encontramos a las personas ajenas al arte de curar. Parecería evidente excluir de los actos médicos a aquellas personas que no son profesionales de la salud. No obstante, algunos casos podrían resultar dudosos. Por ejemplo, el torniquete que practica un peatón luego de un accidente en la vía pública mientras espera la ambulancia, ¿configura un acto médico? Pareciera que el primer estándar —la finalidad terapéutica— se cumple. Luego, deberíamos evaluar si el sujeto tiene la habilidad y conocimiento necesario para atender la patología del enfermo. En estos supuestos, se ha reconocido que las curaciones que practican aquellos agentes no avezados en la materia e incluso aquellos profesionales suspendidos de la matrícula que obran en situación de socorro o urgencia no configuran un acto médico²¹⁴. Cualquier persona se encuentra expuesta, al menos en Argentina, a esta situación. En efecto, nos recuerda el artículo 108º del Código Penal las sanciones previstas para aquellos que, encontrando a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro, omitiera prestarle auxilio²¹⁵.

Esta exclusión trae consigo fuertes consecuencias. En primer lugar, es razonable que se juzgue con menor rigor científico la conducta de una persona ajena al arte de curar que a un experto, sin

²¹⁴ Por ejemplo, reza el artículo 24º de la Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el distrito federal de México que “[n]o se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato”.

²¹⁵ Cfr. artículo 108º del CP.

perjuicio de lo que correspondiere por su culpa o dolo. En otros países —entre ellos Estados Unidos— se muestra una inclinación a interpretar con benevolencia el actuar de las personas que ayudan en situaciones de emergencia. Siempre que esta actuación haya sido prestada de manera gratuita, los estatutos especiales los protegen frente a posibles demandas judiciales²¹⁶. De este modo, aunque concurra la finalidad terapéutica, el acto médico *stricto sensu* no queda configurado ni se aplican las categorías que veremos más adelante.

ii. LOS SUJETOS SIN TÍTULO HABILITANTE O MATRÍCULA

Un segundo grupo está integrado por los sujetos con conocimientos técnicos, pero sin título habilitante o matrícula profesional. El ordenamiento y la jurisprudencia han reconocido que el ejercicio de la medicina, ámbito en el cual se produce el acto médico, solo se encuentra reservado a los profesionales que ostenten título oficial.

La Ley 17.132 en su artículo 13º enumera los requisitos para el ejercicio profesional de la medicina. En ella se menciona que la actuación asistencial solo corresponde a los médicos, médicos cirujanos o doctores en medicina cuyo título válido haya sido otorgado por una universidad nacional, privada o extranjera.

²¹⁶ Por ejemplo, el *Good Samaritan Law* resulta aplicable a toda persona que presta cuidados de emergencia de buena fe en la escena de un accidente o emergencia, sin percibir remuneración después. En este mismo sentido, cfr. *Wallace vs. Hall et al.*, 145, Ga App. 610 (1978) y *McKenna vs. Cedars of Lebanon Hospital*, 93, COURT OF APPEAL, SECOND DISTRICT, DIVISION 2, California (1979).

La exigencia de un título oficial, expedido por una institución de educación superior²¹⁷, es condición *sine qua non* para el ejercicio de la medicina. Su posesión manifiesta en quien lo detenta, cierta aptitud profesional²¹⁸, un elenco de conocimientos y experiencias, considerado indispensable para declarar a una persona profesionalmente idónea en el arte de curar²¹⁹. Las universidades son las

²¹⁷ Ya lo indicaba así la Ley 1597 de 1885. La Ley 13.031 del 26 de septiembre de 1947, derogando la Ley Avellaneda, estableció que entre los objetivos de la universidad se encontraba “la formación de la juventud para la vida, para el cultivo de las ciencias y para el ejercicio de las profesiones liberales. ...” (Art. 1º de la Ley 13.031) y entre sus funciones, estaba la de “preparar para el ejercicio de las profesiones liberales, de acuerdo con las necesidades de la Nación, los adelantos técnicos mundiales y las transformaciones sociales otorgando los títulos habilitantes con carácter exclusivo” (Art. 2º inciso 5º de la Ley 13.031). Estas funciones fueron recogidas posteriormente por la Ley 14.297 en su artículo 1º inciso 3º (“[l]as universidades argentinas cumplirán su misión con un sentido eminentemente humanista y de solidaridad social, a cuyo efecto tendrán los siguientes objetivos: [...] El otorgamiento de los títulos o diplomas para el ejercicio de las profesiones liberales y la reglamentación de su habilitación, reválida y reconocimiento, todo ello con carácter exclusivo”) hasta su derogación por el Decreto Ley 477/55 que restableció la vigencia de la Ley 1597. Actualmente el régimen se encuentra contenido principalmente en la Ley de Educación Superior 24.521.

²¹⁸ Cfr. CSJN, *Roguín, José*, Fallos 247:277, 1960. Sobre la exigencia de título universitario como característica propia de la profesión médica cfr. de este trabajo, I.4.b.

²¹⁹ A fuerza de incurrir en una obviedad, queremos destacar lo mencionado por HUERTA LARA en relación al patrimonio intelectual de las profesiones liberales: “La doctrina y la jurisprudencia cuando invocan la *lex artis*, lo hacen entendiendo un saber útil que comprende los conocimientos que se supone deben regir las actuaciones de los profesiones con un título; no en vano las profesiones tituladas dotan a quien las ejerce de una presunción de conocimientos frente a la sociedad, que tiene como correlato la libertad de ejercicio y decisión, pero también la

responsables de certificar la aptitud del profesional para ejercer ese arte conforme el estado de la ciencia. Una vez acreditados los contenidos y cualificaciones científicas necesarias, la institución habilita expidiendo el título.

Además de acreditar el diploma, los médicos deben tramitar la matrícula en el organismo de contralor respectivo²²⁰. Esta matrícula, expedida en ejercicio de poder de policía retenido, siempre que sus requisitos sean razonables, complementa al título universitario y se integra a él²²¹. Los artículos 208º y 247º del Código Penal argentino refrendan esta postura, estableciendo la figura del ejercicio ilegal de la medicina cuando se hiciera sin título universitario, o teniéndolo, sin permiso de autoridad competente. En estos casos, incluso si el acto médico fuera clínicamente correcto y la finalidad haya sido terapéutica, resultaría una figura típica delictiva. Excepcionalmente,

consecuente responsabilidad”. HUERTA LARA, María del Rosario..., p. 69. La CSJN ha sostenido el mismo postulado en *Molina, Carlos A. F.*, Fallos 207:159, 1947 y posteriormente en *Guinzburg, Bernardo s/ Sucesión*, Fallos 235:445, 1956.

²²⁰ Cfr. artículo 5º de la Ley 17.132.

²²¹ Cfr. CSJN, *Cadopi, Carlos Humberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa*, Fallos 320:89, 1997. En este mismo sentido ha dicho la Corte que “[c]orresponde a las competencias provinciales el ejercicio de las profesiones liberales en sus respectivas jurisdicciones, siempre que no desconozcan la eficacia del título nacional habilitante (doctrina de Fallos 156:290; 224:300; 320:2964; 323:1374). Ello permite a las autoridades provinciales establecer, dentro de la razonabilidad, requisitos y modulaciones para asegurar la rectitud y responsabilidad con que las profesiones liberales son ejercidas (Fallos 323:2978; 325:1663)”. CSJN, *Farmacy S.A. c/ Fisco de la provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, Fallos 344:1557, 2021. Sobre el gobierno de la matrícula médica, como manifestación del poder de policía profesional, cfr. de este trabajo, VI.3.d.i.

este requisito puede prescindirse cuando el profesional se encuentra alcanzado por el principio del *Good Samaritan Law* al que hicimos referencia en el punto anterior.

iii. EL PROFESIONAL INTEGRANTE DE EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS

Es práctica habitual en medicina que los galenos consulten a otros profesionales de la salud para tomar decisiones. El contexto científico y técnico cada vez más complejo hace necesaria esta interdisciplinaria. Es necesario averiguar si los otros profesionales que interactúan con el médico e intervienen en la decisión participan de la titularidad del acto médico. Sirva un ejemplo para ilustrar lo antes mencionado: frente a un caso de anorexia planteado en una Clínica de Salud Mental, el psiquiatra tratante puede asistirse de un equipo compuesto por dietistas, psicólogos y clínicos. En este escenario, ¿cuál es el sujeto del acto médico? ¿Todos? ¿Sólo el psiquiatra?

Para resolver este entuerto, deberíamos averiguar qué valoración científica puede brindar cada uno de los profesionales que integra el equipo. El ejemplo nos permite recordar que las patologías muchas veces son producto de una concatenación de elementos y una misma enfermedad puede ser abordada desde distintos enfoques²²². Así, una persona que padece anorexia, además de mostrar una disfunción aguda de nutrición, puede presentar otros cuadros relacionados con la psiquiatría, la psicología y la clínica, tales como

²²² Cfr. de este trabajo, I.2.c.

depresión, déficit de habilidades sociales o disminución de la masa ósea (osteoporosis).

En primer lugar, cada profesional tiene la obligación de obrar en un ámbito de competencia delimitada por su *expertise*, pues la propia capacitación configura un primer límite para actuar²²³. En segundo lugar, como la ciencia médica se encuentra ordenada a sanar, curar, rehabilitar, es lógico que los tratamientos propuestos resulten idóneos para esa finalidad. En efecto, será competente el galeno avezado en la materia, capaz de proponer una terapia adecuada a partir de los conocimientos adquiridos. Así, siguiendo el ejemplo, el psiquiatra será el profesional idóneo para prescribir fármacos anti-depresivos, el psicólogo quien proponga una técnica para el tratamiento de la personalidad, el dietista quien hará el seguimiento de los hábitos alimentarios y el clínico quien atenderá la osteoporosis.

A partir de lo visto en los puntos anteriores, la primera conclusión es la siguiente: los profesionales legitimados del acto médico

²²³ A este respecto, en relación con los odontólogos (pero puede predicarse de los demás médicos), menciona el artículo 29º de la Ley 17.132 que “[e]s obligación de los profesionales odontólogos, sin perjuicio de las demás obligaciones que impongan las leyes vigentes: 1) Ejercer dentro de los límites de su profesión, debiendo solicitar la inmediata colaboración del médico cuando surjan o amenacen surgir complicaciones, cuyo tratamiento exceda aquellos límites...” En este mismo sentido, el artículo 108º del CE médica argentino establece que “[e]l médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá que se recurra a otro colega competente”. En un sentido similar el artículo 49º del CEMES sostiene que “[l]os miembros del equipo de salud deben limitar sus funciones e incumbencias a sus respectivos títulos o certificados habilitantes”.

son el psiquiatra y el clínico, pues el psicólogo y el dietista no tienen título habilitante de médicos.

Descartados los casos de los profesionales ajenos a la medicina, debemos preguntarnos en un segundo nivel: ¿configura también un acto médico, la prescripción de antidepresivos por el clínico, o el tratamiento contra la osteoporosis por el psiquiatra? En principio, la respuesta es afirmativa. En términos generales, la Ley del Arte de Curar no distingue entre una especialidad u otra para el ejercicio de la medicina, y en consecuencia, para configurar el acto médico. Excepcionalmente, por la complejidad de la actividad que se desarrolla, la ley exige que ciertas prácticas médicas (como las transfusiones de sangre) las realicen médicos especializados (por ejemplo, en hemoterapia)²²⁴. En el orden deontológico, la situación es distinta. La condición de especialista de una rama de la medicina conlleva el compromiso severo de restringir su actividad a esa especialidad²²⁵. En estos casos, aparece el deber ético de todo médico de ceder la dirección de un tratamiento al especialista, cuando la enfermedad se encuentra encuadrada sustancialmente dentro de la especialidad ajena al médico tratante²²⁶. Sin perjuicio que la norma jurídica ordinariamente no establece un límite al elemento subjetivo, sí subsiste un deber ético en favor del especialista cuando concurre con aquél que no posee dicha formación.

²²⁴ Cfr. artículo 23º de la Ley 17.132.

²²⁵ Cfr. artículo 66º del CE médica de la COMRA.

²²⁶ Cfr. artículo 68º del CE médica de la COMRA.

iv. LOS MÉDICOS COMO AGENTES NATURALES EN LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

Por nuestra naturaleza limitada nos resulta imposible alcanzar por sí solos toda la perfección a la cual estamos llamados²²⁷. De esta limitación, la necesidad de asociarnos aparece con meridiana claridad. En salud, cuando experimentamos alguna afección que supera nuestras posibilidades de éxito, buscamos el auxilio de aquellos que pueden proveerlo.

Fruto de esta sociabilidad, las relaciones que entablamos admiten distintos grados de proximidad. Los lazos que nos unen a nuestros padres y hermanos son diferentes a aquellos que nos vinculan con otros miembros de la comunidad. Esto se debe a que la finalidad que la convoca es más necesaria que las otras y la inclinación a formarla, más fuerte. En esta línea, la unión que se entabla entre el médico y el paciente, por los valores de los bienes en juego, inclinación y necesidad, puede caracterizarse como una relación natural de orden primario²²⁸.

La relación médico-paciente es de mayor grado que aquellas que pueden generarse entre este último y otros efectores de salud como el establecimiento médico, la comunidad científica o el mismo

²²⁷ Cuando hablamos de naturaleza lo hacemos en la acepción clásica, es decir, en cuanto algo es el modo de ser, o principio de operaciones propias. No nos referimos aquí al concepto de naturaleza que posee la ciencia moderna referido al mundo material en cuanto no alterado por la técnica.

²²⁸ En un sentido similar, la Ley Nacional de Educación ha reconocido a los padres como agentes naturales en la educación de los hijos. Cfr. artículo 128º de la Ley 26.206.

Estado. Mientras que la relación médico-paciente, en sentido estricto, busca la protección efectiva del bien fundamental agredido, los otros agentes adoptan un carácter instrumental a este fin primario. Como consecuencia práctica, la relación médico-paciente debe tener primacía por sobre estos últimos modos de relacionamiento.

Lógicamente, del despliegue de la relación médico-paciente se sucede el acto médico: aquél efectiviza la relación sanitaria. Por las particulares circunstancias en las que se desenvuelve y la necesidad e inclinación que la convoca, el médico tratante resulta el agente natural productor del acto. Como el médico es el sujeto más próximo al destinatario del tratamiento, puede conocer con detalle la pertinencia de la terapia según las particulares del caso. El galeno que atiende al paciente se encuentra en condiciones de conocer la medicina general y el estado de la ciencia actual, así como las características y circunstancias del paciente. Conforme se verá, esta relación médico-paciente resulta fundamental para la configuración del acto médico y de la *lex artis ad hoc*.

c. OBJETO DEL ACTO MÉDICO

Si el acto médico se encuentra orientado a una finalidad terapéutica y responde a los fines de la medicina, el contenido de aquél deberá tener al menos potencialmente, la idoneidad para lograr ese cometido. Según los fines de la Ley del Arte de Curar, el contenido del acto médico *stricto sensu* consistirá en el anuncio, prescripción,

indicación o aplicación de los procedimientos en el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de una patología²²⁹.

Como hemos dicho, el acto médico debe ser analizado desde la perspectiva del jurista, pues, como acto relevante para el Derecho, produce inmediatamente cambios en las situaciones jurídicas²³⁰. En efecto: sea que se satisface una prestación médica debida, o se produce el fin de la persona física, la tarea desarrollada en la relación médico-paciente, necesariamente modifica la situación de los miembros que intervienen en ella.

En cuanto acto jurídico, el contenido debe ser lícito y posible²³¹. Algunos autores contemporáneos se han preguntado si esa licitud se satisface con la conformidad a la norma legal o si además debe superar estándares éticos y de *lex artis*²³². La pregunta no es inocente,

²²⁹ Cfr. artículo 1º de la Ley 17.132.

²³⁰ Cfr. artículo 259º del CCyC. Asimismo, cfr. III.2 de este trabajo.

²³¹ Cfr. artículo 279º del CCyC. En este acápite se abordarán los temas relacionados con la licitud del acto médico. Lo referente a la medida del objeto posible se tratará en el Capítulo VII, punto 3.4 cuando expongamos sobre la responsabilidad profesional y la conducta exigible al médico.

²³² Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *Objeción de ciencia a técnicas de fertilización asistida*, 2012 disponible en <https://www.bioeticaweb.com/objeciasn-deciencia-a-taccnicas-de-reproducciasn-asistida> el 10 de octubre de 2022. CASANOVAS relaciona la licitud del acto médico con sus fines, consenso profesional y ordenación a la *lex artis*. En este sentido menciona: "a) Sus fines: han de ser los clásicos de la medicina: curar, aliviar, prevenir. [...] b) Por consenso: La licitud del acto médico también radica en que sea por mutuo consenso. Una persona pide ser curada y otra lo acepta. [...] c) Ajustado a la «lex artis»: Por «Lex artis» se entiende el conjunto de normas profesionales, deontológicas y legales que regulan la

pues podríamos encontrar cuatro tipos de actos según superen o no estándares normativos (legal/ilegal) o éticos y de *lex artis* (lícito/ilícito). Ilustraremos estas variantes con algunos fallos que nos permiten visibilizar, a modo de síntesis, el diálogo entre lo legal y lo lícito:

1. *Buck v. Bell*: este es un típico ejemplo de un acto ilícito-legal fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Aquí encontramos un acto ofensivo al orden deontológico impuesto por la autoridad. La Ley del Estado de Virginia del 20 de marzo de 1924 exigía a los directores de las Colonias Estatales, la esterilización forzosa de todos los pacientes con enfermedades mentales para evitar su propagación. El caso se suscitó cuando el director de una institución de salud debía practicar una *salpingectomía* a Carrie Buck, paciente con retraso mental, cuya madre e hijo padecían su misma enfermedad y se encontraban internados en la misma institución. Los representantes de Carrie plantearon un recurso judicial para declarar la nulidad de la ley en cuestión. Sin embargo, a pesar de los intentos de la actora, la Corte dispuso llevar a cabo la práctica en cumplimiento de la norma²³³. Continúa resonando en nuestros oídos

actividad médica. Si en el acto médico falla alguna de las dos primeras el acto médico no es lícito. Si falla la tercera es ilegal". CASANOVAS, Luis Ciprés, *El acto médico*, Madrid, 2013, disponible en internet el 22 de octubre de 2022 en <http://www.medicosypacientes.com/articulo/el-acto-medico>.

²³³ El texto original de la *Virginia Sterilization Act* de 1924 disponía en su artículo 1º: “*Be it enacted by the general assembly of Virginia, that whenever the superintendent of the Western State Hospital, or of the Eastern State Hospital, or of the Southwestern State Hospital, or of the Central State Hospital, or the State Colony for Epileptics and Feeble-Minded, shall be of opinion that it is for the best interests*

la frase de triste memoria del tribunal pronunciada el 1º de mayo de 1927: “tres generaciones de imbéciles es suficiente”²³⁴.

2. *N.N. o U. V. - Protección y guarda de personas*: este es un típico ejemplo de un acto lícito-legal resuelto por la SCJBA y confirmado por la CSJN. Aquí encontramos un acto respetuoso del orden deontológico, refrendado por la autoridad. En esa oportunidad, el máximo tribunal ordenó la vacunación compulsiva de un niño luego del alumbramiento, a pesar de la negativa de los progenitores, los cuales ejercían el oficio de artesanos y carecían formación científica. Ponderando el interés superior del niño y de la comunidad, la Corte justificó su decisión, a partir de la evidencia científica reconocida y el valor probado de la vacunación como política de salud pública.

3. *Estados Unidos v. Karl Brandt y otros*: este es un ejemplo de un caso de ilícito-ilegal. Nos encontramos con una ofensa al orden deontológico, jurídicamente reprochable. El caso que traemos a colación versó sobre el juicio a veintitrés médicos y administradores alemanes acusados de organizar y participar de crímenes de guerra y de lesa humanidad, a través de

of the patients and of society that any inmate of the institution under his care should be sexually sterilized, such superintendent is hereby authorized to perform, or cause to be performed by some capable physicians or surgeon, the operation of sterilization on any such patient confined in such institution afflicted with hereditary forms of insanity that are recurrent, idiocy, imbecility, feeble-mindedness or epilepsy; provided that such superintendent shall have first complied with the requirements of this act”.

²³⁴ La frase original es “[t]hree generations of imbeciles are enough”. *Buck v. Bell, Superintendent*, U.S. 200, Ct. 584 (1927).

experimentos médicos y procedimientos infringidos a prisioneros y civiles. Los delitos denunciados incluyeron más de doce bloques de experimentos sobre los efectos en la salud producidos por la altitud, la congelación, la malaria, el gas venenoso, la sulfanilamida, la regeneración ósea, muscular y nerviosa, el trasplante óseo, el consumo de agua salada, la esterilización, el tifus, los venenos y las bombas incendiarias. Este proceso conocido como el “juicio a los médicos” se desarrolló entre octubre de 1946 y noviembre de 1947 e integra el conjunto popularmente conocido como los “juicios de Núremberg”²³⁵.

4. *Leandro Rodríguez Lastra*: en este caso nos encontramos frente a un ejemplo lícito-ilegal. Aquí, se presenta una dicotomía entre un deber normativo y otro de orden deontológico. Por su trascendencia y actualidad, nos resulta imposible no traerlo a colación. Un ginecólogo fue llevado a los estrados del tribunal acusado de inobservancia de los deberes del funcionario por no interrumpir un embarazo fruto de una violación. De la lectura de la causa y los dichos del profesional surge que el estado clínico de la paciente y la viabilidad del feto, llevaban al médico a juzgar que se trataba de un “parto pretérmino”²³⁶ y la *praxis* médica recomendaba su continuación y no su

²³⁵ Cfr. U.S. HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, *The Doctors Trial: Verdict*, disponible en <https://www.jewishvirtuallibrary.org/verdicts-in-the-doctors-trial> el 22 de octubre de 2022.

²³⁶ Cfr. TORRES, Damián, *Cuando salvar vidas se convirtió en delito. La historia no contada sobre el caso del Dr. Rodríguez Lastra*, Buena Data, Viedma, 2020, p. 33.

interrupción. De esta manera, la conducta profesional deontológicamente adecuada resultó reprochada en sede judicial.

Desde nuestro enfoque, para que el objeto del acto médico sea lícito, debe ser ejecutado típicamente. Ello significa que debe satisfacer los estándares de la evidencia científica, que resulte aplicable al caso concreto. Como a continuación se verá, esto mismo lo encontramos recogido en los *corpus* jurídicos, deontológicos y científicos.

i. LA EVIDENCIA CIENTÍFICA COMO CRITERIO DE VALIDEZ EN LAS SOCIEDADES MODERNAS

Algunos autores mencionan que, en los primeros momentos de la actividad médica, el elemento cognoscitivo fue empírico, mágico o incluso sacerdotal²³⁷. Desde hace algunos años, la atención médica ha reconocido el valor de “lo científico” como lo verdaderamente cognoscitivo, supeditando a aquél la calidad del acto médico.

En los distintos planos de análisis advertimos que la evidencia científica es un elemento imprescindible. La Declaración de Lisboa de Derechos del Paciente estableció algunos elementos que permiten conceptualizar a los actos médicos “de buena calidad”²³⁸. Se los

²³⁷ Cfr. BARRAGÁN, Horacio Luis, *Fundamentos de Salud Pública*, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007, Tomo 1, p. 27.

²³⁸ AMM, Declaración de Principios de la Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial en Lisboa, Portugal en septiembre/octubre de 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General en Bali, Indonesia en septiembre de 1995 y revisada su redacción en la 171ª Sesión del Consejo en Santiago, Chile en octubre de 2005.

identificó como aquellos que son resultado de tratamientos ininterrumpidos²³⁹, probados²⁴⁰, con base científica²⁴¹, que responden a los mejores intereses del paciente y son fruto de una opinión profesional independiente.

En el orden deontológico, el conocimiento científico, la destreza técnica y una ética adecuada son exigencias que todo servicio médico requiere, al punto que su mantenimiento y actualización son un deber del médico²⁴². Aquél tiene vedado confiar sus pacientes a tratamientos no aprobados por las autoridades científicas reconocidas²⁴³, ni avalados por el pensamiento científico y ético-social²⁴⁴. En estos términos, para superar los estándares éticos, el objeto del acto médico debe ser técnicamente correcto pues de lo contrario

²³⁹ Oportunamente, la Declaración de los Derechos de los Pacientes de la Asociación Americana de Hospitales en 1973 había prescrito que “[e]l paciente tiene derecho a esperar una continuidad razonable de atención”.

²⁴⁰ Salvo excepciones que cuentan con el consentimiento del paciente y dándose determinados requisitos, el carácter propiamente humano no admite la experimentación con tratamientos y fármacos que se encuentran desaprobados o en etapa de investigación.

²⁴¹ El Código Internacional de Ética Médica de la AMM estipula que el médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad y ello lo debe poner en práctica, respetando los mejores intereses del paciente: su vida y su salud, su dignidad y su libertad. Toda la praxis médica debe ser acorde a la ciencia médica.

²⁴² Cfr. artículo 113º del CE médica de la COMRA.

²⁴³ Cfr. artículo 96º del del CEMES.

²⁴⁴ Cfr. artículo 120º del CEMES.

quedarían afectados los principios de beneficencia y no maleficencia²⁴⁵. Como corolario de ello, el Código de Ética médica establece que la libertad de ejercicio profesional no puede limitarse sin un fundamento que no sea estrictamente científico²⁴⁶.

En el orden reglamentario nacional se ha sostenido que todas las indicaciones terapéuticas establecidas en las normas deben estar basadas en evidencia científica válida y resultar consecuencia de una actitud profesional ética²⁴⁷. De la misma manera, el ordenamiento legal reconoce la necesidad de ejercer la policía sanitaria de acuerdo con los criterios científicos vigentes y el progreso de la ciencia²⁴⁸. Por ejemplo, la Ley 16.463 de Medicamentos exige acreditar la evidencia científica, terapéutica y útil según el progreso de la medicina, en las autorizaciones para el expendio de fármacos²⁴⁹. Por este motivo, la adecuación a la evidencia científica es constante. Su evaluación no se limita al momento de la autorización, sino que la ley exige la revisión periódica de las fórmulas de uso frecuente, incluso cuando su utilidad terapéutica ya hubiera sido reconocida con anterioridad²⁵⁰. Esto se debe a que la mera falta de efectividad es motivo suficiente para cancelar la autorización previa. Incluso en los casos de

²⁴⁵ Cfr. GALÁN HERRERA, Sara...

²⁴⁶ Cfr. artículo 48º del CEMES.

²⁴⁷ Cfr. artículos 3º y 4º de la Resolución del MS 627/2007.

²⁴⁸ Cfr. artículos 3º, 9º, 10º y 11º de la Ley 16.463.

²⁴⁹ Cfr. artículos 3º y 11º de la Ley 16.463.

²⁵⁰ Cfr. artículo 10º de la Ley 16.463.

autorización de emergencia, el recaudo de la evidencia científica sobre la efectividad y seguridad no puede soslayarse²⁵¹, como ha sido la experiencia en la legislación sanitaria desde hace varias décadas especialmente en materia de vacunas²⁵².

²⁵¹ La actual Ley 27.573, autoriza excepcionalmente en su artículo 9º a “realizar la aprobación de emergencia de las vacunas [...], con el debido respaldo de la evidencia científica y bioética que permita comprobar su seguridad y eficacia”.

²⁵² Cfr. artículo 9º de la Ley 27.573 que supedita la aprobación de emergencia de las vacunas contra el SARS CoV al “debido respaldo de la evidencia científica y bioética que permita comprobar su seguridad y eficacia”. Asimismo, el artículo 3º de la Ley 27.941 destaca a las “decisiones basadas en evidencia” como una de sus fuentes principales. La resolución del MS 941/2000 reafirma su postura sobre la vacunación como política de salud pública a partir de la evidencia. Así, se indica que “el cálculo post-facto de vidas salvadas muestra que la vacunación se encuentra entre las intervenciones de salud de mayor costo-efectividad”. Esta postura fue reiterada en la Resolución 258 del 21 de marzo de 2013 donde el MS modificó el Reglamento de Funcionamiento y Composición de la CONAIN. Según el texto de su Anexo, el propósito de aquella era asesorar “a las autoridades nacionales sobre aspectos relacionados con la inmunización, teniendo en cuenta la evidencia científica y/o la epidemiología local”. Asimismo, entre sus funciones se encontraba la de elaborar “recomendaciones sobre la selección e introducción de vacunas al calendario basados en la evidencia y/o epidemiología local relacionadas a la introducción de nuevas vacunas considerando las prioridades de salud pública y los criterios técnicos, logísticos y financieros”. Como se logra advertir, la evidencia científica resulta un elemento esencial en la elección de las vacunas como política de salud pública. Este concepto también se encuentra en las distintas normas que han aparecido a lo largo del tiempo sobre esta temática. Así, la Ley 24.151 en su artículo 4º declaró obligatoria la vacunación contra la hepatitis B, buscando asegurar su “efectivo cumplimiento dentro de las condiciones técnicas, científicas y epidemiológicas de todo el país”; la resolución 213/1997 del MS hizo lo propio respecto a la vacuna Triple Viral; la resolución 141/1997 de la Secretaría de Programas de Salud estableció en su anexo los criterios de eficacia médica de las vacunas; la resolución 108/1998 de la misma Secretaría incorporó la vacuna cuádruple bacteriana al Calendario de Vacunación

Por su parte, la Corte ha entendido en numerosos fallos que el profesional debe obrar conforme a prácticas no experimentales sino probadas, que hayan sido “estudiadas y documentadas científicamente”²⁵³, en el marco de un modelo de “medicina basada en la evidencia”²⁵⁴. Dicha exigencia es receptada por el ordenamiento deontológico argentino²⁵⁵ y la Ley del Arte de Curar. Esta última prohíbe en su artículo 20º la realización de técnicas ajenas a la enseñanza que se imparte en las facultades de ciencias médicas reconocidas en el país²⁵⁶.

Todo lo mencionado hasta aquí, sumado a lo que se ha dicho en relación a la ciencia médica como rama del conocimiento,

Obligatoria; la resolución 175/2003 del MS incorporó la vacuna obligatoria y gratuita contra la Hepatitis B en preadolescentes gracias al “consenso logrado en la Primer Reunión Nacional de Inmunizaciones y la opinión de la Comisión Nacional de Inmunizaciones (CONAIN)”; la resolución 174/2003 del mismo ministerio incorporó al Programa Nacional de Inmunizaciones las vacunas doble viral, con carácter gratuito y obligatorio a partir del consenso “alcanzado en la Primera Reunión Nacional de Inmunizaciones”, la resolución ministerial 653/2005 incorporó la vacuna contra la Hepatitis A fundada en que “una sola dosis genera una respuesta inmune protectora en el noventa y cinco - noventa y nueve por ciento (95-99%) de los vacunados a los treinta (30) días”, la resolución 563/2011 incorporó la vacunación contra la PVH gracias a su “perfil de inmunogenicidad, cobertura y seguridad adecuados”, entre otros.

²⁵³ Cfr. CSJN, *Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, Fallos 310:112, 1987.

²⁵⁴ CSJN, *Duich Dusan Federico c/ CEMIC (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas “Norberto Quirno”) s/ Amparo*, Fallos 337:471, 2014.

²⁵⁵ Cfr. artículo 321º del CEMES.

²⁵⁶ Cfr. artículo 20º de la Ley 17.132.

demuestra que el acto médico para ser considerado jurídica, ética y científicamente válido, debe estar apegado al criterio científico que aporta la medicina basada en evidencia²⁵⁷.

ii. LA *LEX ARTIS* COMO ORDENADORA DE LA EVIDENCIA CIENTÍFICA

Como se viene sosteniendo, toda la práctica médica debe ser acorde a la ciencia médica. El criterio de adecuación entre el ejercicio profesional y la base científica de los tratamientos está dado por la *lex artis*. Esta última, de eminente origen pretoriano²⁵⁸, engloba al

²⁵⁷ VALERIO se ha referido a la exigencia de la evidencia científica de la siguiente manera: “El tratamiento que decida el galeno indicar debe no solo responder específicamente a la patología del paciente, sino a los requerimientos que obligan la ciencia y la técnica para enfrentar tal enfermedad”. VALERIO, Carlos, “Limitaciones a la libertad de prescripción de medicamentos: derechos humanos y salud pública”, *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal* 7 (2003), p. 61. Para un mayor conocimiento sobre la corriente de pensamiento de la medicina basada en evidencia, recomendamos. MAESTRE UHÍA, Juan Miguel, *et al.*, “Medicina basada en la evidencia: revisión del concepto”, *Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud* 9 (2012), Universidad de Magdalena, pp. 159-166.

²⁵⁸ Cfr. VÁZQUEZ LÓPEZ, J. Enrique, “La «Lex Artis ad hoc» como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”, *Cuadernos de Medicina Forense* 16 (2010), pp. 179-182; en similar sentido, SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “Delimitación jurídica y contenido de la denominada «lex artis» médica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 728 (2007), pp. 8-9 y MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1996, p. 17. El Supremo Tribunal Español ha dicho que “... lo que incrimina y da origen a la responsabilidad criminal médica no son los errores de diagnóstico, ni una falta de extraordinaria pericia en el desempeño de las actividades quirúrgicas, al no ser exigible en este ni en ningún aspecto de la vida social la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias y medios...”

“conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en la actualidad”²⁵⁹. Se trata del más elevado principio por el que ha venido rigiéndose la medicina, desde sus comienzos modernos y determina la ejecución típica del acto. La solidez que reviste la *lex artis* ha llevado a que algunos ordenamientos reconozcan el deber expreso de obrar conforme a ella²⁶⁰. Ni siquiera la voluntad del paciente es capaz, bajo ningún

STS, sentencia del 5 de febrero de 1981, ROJ 3974/1981. En el mismo sentido, cfr. STS, sentencia del 26 de junio de 1980, ROJ 4565/1980 y sentencia del 7 de febrero de 1990.

²⁵⁹ Diccionario médico de la Clínica Universitaria de Navarra. En el mismo sentido, dirá PACHECO GÓMEZ que “la *lex artis* trata de una serie de reglas técnicas o procedimientos generales, aceptados por la ciencia médica, que son aplicables a situaciones similares; no obstante, como en toda la práctica médica, hay que atender el caso en concreto”. PACHECO GÓMEZ, Alejandro, *Legitimación del acto biomédico*, Editorial Alfil, México D.F., 2011, p. 77. De igual manera, cfr. MARTÍN LEÓN, Antonio. “*Lex artis* y protocolos médicos” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, 2009, pp. 477-486.

²⁶⁰ Por ejemplo, el artículo 19.2 de la Ley 55/2003 española sostiene: “El personal estatutario de los servicios de salud viene obligado a: a) Respetar la Constitución, el Estatuto de Autonomía correspondiente y el resto del ordenamiento jurídico. b) Ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables. c) Mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su nombramiento, a cuyo fin los centros sanitarios facilitarán el desarrollo de actividades de formación continuada”.

pretexto ni razonamiento, de disculpar al médico de una actuación que vulnere dichas normas básicas²⁶¹.

Al igual que ha sido recogido en el ordenamiento español²⁶², RODRÍGUEZ LAINZ ha definido a la *lex artis* como “aquellos criterios o pautas de actuación del médico que deben entenderse correctos o adecuados, conforme al estado del conocimiento científico, para atender a una situación o contingencia concreta”²⁶³.

A partir de esta definición puede verse que lo más esencial de la actuación médica radica en que el método o tratamiento propuesto debe ser objetiva y terapéuticamente idóneo para el paciente según el estado de la ciencia. De allí que el médico solo cumple jurídica y éticamente su prestación mediante una actividad científica idónea y actualizada²⁶⁴. Además, satisface esta obligación, en la

²⁶¹ Cfr. BLAS ORBÁN, Carmen, *El equilibrio en la relación médico-paciente*, J. M. Bosch, Barcelona, 2006, 1ª Ed., p. 36.

²⁶² El artículo 5. 1. a) de la Ley Española 44/2003, del 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias entiende por *lex artis* a la “atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables”.

²⁶³ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre la atención de pacientes con ideación autolítica en urgencias: aspectos legales”, *Revista Asociación de Especialistas en Neuropsiquiatría* 36 (2016), p. 332.

²⁶⁴ Cfr. artículo 53º del CEMES: “El Equipo de Salud está obligado a procurar la mayor eficacia en su desempeño asegurando el mejor nivel en la Calidad de la Atención, por lo cual deberá mantener una adecuada actualización de sus conocimientos de acuerdo a los progresos de la ciencia”.

medida que dicho tratamiento, conduciría de manera ordinaria y habitual a cierto resultado, aunque no se encuentre en sus facultades, poder garantizarlo.

Por la naturaleza de la actividad y la celeridad de los avances de la ciencia y la técnica, la *lex artis* es fluctuante²⁶⁵. En la medida que permite analizar la adecuación del obrar médico al grado de excelencia que exige el acto²⁶⁶, la *lex artis* actúa como mensura de los medios propuestos, configurando su criterio valorativo.

Habitualmente, la encontramos en publicaciones y protocolos científicos explicitados por autoridades competentes como los colegios profesionales o las Secretarías de Estado en materia de salud²⁶⁷. Estas guías prácticas suponen compartir una serie de conocimientos recogidos por la experiencia de la comunidad científica y son expresión del progreso tecnológico y de la técnica médica. Estos documentos cristalizan algunos criterios sobre el estado actual de la ciencia

²⁶⁵ El artículo final del CE de la COMRA dispone: "Este código, dada la vertiginosidad con que se suceden los cambios sociales, científicos y tecnológicos, debe ser actualizado periódicamente. Pero siempre manteniendo fieles los principios éticos perennes que deben presidir la conducta y práctica médica: el respeto a la vida y la dignidad de los seres humanos, sin excepciones; la práctica de la medicina como profesión con vocación científica y de servicio; la autonomía profesional para decidir sus procedimientos según ciencia y conciencia y la custodia de la confidencialidad".

²⁶⁶ Cfr. HUERTA LARA, María del Rosario, "El acto médico y sus implicancias en el derecho civil", *Letras Jurídicas* 32 (2015), p. 68.

²⁶⁷ En este sentido, más allá que VALERIO ha considerado al acto médico como acto reglado también señala que dichas reglas configuradas por la *lex artis*, no deben imponer limitaciones inapropiadas o excesivas al ejercicio de la medicina y deben buscar el mejor beneficio del paciente. Cfr. VALERIO, Carlos..., pp. 69-76.

sin que lleguen a configurar verdades absolutas, universales, ni mucho menos, únicas. No obstante, su valor radica en que permiten definir y hacer público aquello que la comunidad científica considera como práctica médica prudente y adecuada para determinados casos clínicos. La jurisprudencia nacional y foránea ha sostenido que estos protocolos o guías clínicas no limitan la libertad de actuación profesional, pues son guías flexibles y dinámicas, susceptibles de modificación²⁶⁸.

Llegados a este punto, es necesario hacer una breve alusión a una especie de protocolos distinta a los científicos, referidos con anterioridad: los protocolos de actuación. Estos últimos conviven con los primeros y son fruto de la “unificación de criterios de actuación entre profesionales de la medicina frente a una determinada categoría de contingencias”²⁶⁹. Los protocolos de actuación suelen reflejar el consenso o indicación de autoridades para determinadas patologías o contingencias en el marco de una estructura organizativa más amplia. Así, mientras el protocolo científico refleja conocimientos médicos fruto de un consenso racional en determinada especialidad, el de actuación cumple una función esencialmente organizativa que pretende responder de manera coordinada dentro de un ámbito determinado.

²⁶⁸ Por ejemplo, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de México que cabe incluso apartarse de ellos, si el médico considera necesaria otra terapia y puede fundarlo científicamente. SCJN DE MÉXICO, SALA PRIMERA, Amparo en revisión 117/2012, *A.P.G. y otros*. (2012). Tesis XXVI/2013 (Décima Época). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, Página 636, cita online 2002531.

²⁶⁹ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre...”, p. 333.

Los protocolos de actuación muchas veces resultan capitales en la administración de instituciones de salud en vistas a garantizar cierta homogeneidad en las prestaciones. Fuera de que en el presente trabajo no se aborde la condición de los médicos en instituciones de salud, vale aquí destacar que los protocolos de actuación también deben basarse en la evidencia científica y en los medios disponibles y han de permitir siempre el apartamiento del profesional, cuando considera que las circunstancias del paciente lo requieran²⁷⁰.

iii. LA SUBSUNCIÓN *AD CASUM*

Una vez conocido el estado del arte, el médico debe prescribir la acción terapéutica más segura y efectiva. Al momento de la decisión, el profesional debe ajustarse a criterios deontológicos, jurídicos y médicos, pero, ante todo, debe recordar una noción rectora y fundamental: el profesional trata enfermos, no enfermedades²⁷¹.

En el campo de la medicina moderna, la ciencia reconoce carácter terapéutico a diversas terapias. Frente a este abanico de posibilidades, lo sustancial radica en que el método o tratamiento posea la idoneidad objetiva para atender al paciente teniendo en

²⁷⁰ Cfr. artículo 4.7 de la Ley española 44/2003: “Se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar”). En el mismo sentido, cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, Juan José, “Sobre...”, pp. 325-345.

²⁷¹ Cfr. PACHECO GÓMEZ, Alejandro..., p. 77.

cuenta la aplicación útil de la ciencia al caso concreto²⁷². Cada elección terapéutica debe resultar compatible con ese determinado paciente que llega a la consulta médica. Esta circunstancia justifica que el profesional aborde de manera diferente la enfermedad que se presente en dos pacientes. Incluso, en un mismo paciente podría resultar apropiada una práctica clínica que previamente —años antes— haya sido inconveniente²⁷³. Como sostiene BESIO ROLLERO, el médico no solo es especialista en una rama de la medicina, sino principalmente especialista de cada paciente individual²⁷⁴. De esta manera, en el acto médico hay una verdadera creación, individual, única y personal, que surge de la subjetividad del médico y se dirige a un paciente específico²⁷⁵.

iv. LA *LEX ARTIS AD HOC*

La *lex artis* general establece los criterios y estándares de la profesión médica en términos globales. Sin embargo, no basta para configurar, como se ha explicado, el comportamiento del

²⁷² Cfr. FALIERO, Johanna, “La desarticulación de la discrecionalidad terapéutica”, *DFyP* 175 (2018), cita online AR/DOC/2659/2017.

²⁷³ Por ejemplo, las operaciones esterilizantes a lo largo del ciclo reproductivo de una persona, como ha mencionado Fernando CENICE, profesor de Urología de la Universidad Nacional de Tucumán en una nota periodística. Cfr. *DIARIO LA NACIÓN*, *Vasectomías. ¿Por qué crece esta práctica entre varones y en qué casos dispara controversia?*, Buenos Aires, nota del 31 de mayo de 2022.

²⁷⁴ Cfr. BESIO ROLLERO, Mauricio, “El acto médico...”, p. 58.

²⁷⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 60.

profesional: este ha de tener en cuenta las condiciones específicas del caso que atiende. Estas circunstancias complementan la *lex artis* general y configuran la *lex artis ad hoc*.

Necesariamente, las particularidades del caso modulan la *lex artis* general. Esto no significa juzgar su bondad, ni supone de suyo rebelarse contra ella. La *lex artis ad hoc* tiene por función evitar el daño particular que la aplicación de la ley general supondría en el caso concreto, más allá que sea de suyo universalmente aceptada. Debemos insistir: cuando un médico complementa la *lex artis* general, no ejerce violencia sobre la primera para hacer prevalecer la *lex artis ad hoc*. Por el contrario, le otorga su contenido auténtico²⁷⁶ pues la *lex artis* es una abstracción de la *lex artis ad hoc*.

Desde esta idea, el ejercicio del médico es asimilable al del juez²⁷⁷. En ambas funciones, los sujetos deben subsumir la norma general en las específicas particularidades del caso; se puede decir que ambos ejercen la justicia en el caso concreto, a través de la sentencia y a través del acto médico. Ambos, médico y magistrado, luego del discernimiento personal de aquello que consideran que es lo justo

²⁷⁶ Son muy ilustrativas y actuales las palabras de TOMÁS DE AQUINO cuando sostiene que se juzga sobre una ley cuando se dice que está mal redactada, pero quien dice que la letra de la ley no debe ser aplicada en tal circunstancia, no juzga de la ley, sino de un caso bien concreto que se presenta. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, U-U ae, q. 120, a. 1 ad 2. Ya ARISTÓTELES, diecisiete siglos antes sostenía que había cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, V, 10, 1137b 13-15.

²⁷⁷ Tengo la impresión de que la labor que ejerce el magistrado puede analogarse a la de un médico patólogo que atiende a un paciente que padece una enfermedad, mientras que el notario o registrador se asimila más a uno que ejerce la medicina preventiva.

—lo terapéutico— en el caso concreto, ejercen la virtud de la prudencia con una obediencia inteligente y deliberada a la ley, a la *lex artis* general. En este punto, la labor prudencial del médico y del juez resulta fundamental para adaptar lo universal y general a lo concreto y singular.

A diferencia de la *lex artis* general, la cual integra el conjunto de elementos racionales sobre la *expertise* médica y es anterior al caso clínico, la *lex artis ad hoc* es fruto *a posteriori* del diagnóstico del paciente. Aparece como una consecuencia del estudio sintético de lo general y lo particular. Esta *lex artis ad hoc* tiene como campo de despliegue el ámbito de discrecionalidad terapéutica donde el médico pondera los elementos del caso y de la norma general (la deontológica, la jurídica y la clínica). Más adelante, se repasarán las características de esta zona, ámbito en el cual el médico asume la decisión y propone la acción terapéutica²⁷⁸.

En este acápite basta con mencionar que existen dos movimientos que vinculan a la *lex artis* general con la *lex artis ad hoc*. Un movimiento primero ascendente que parte del caso particular y a través de la inducción permite la configuración de la *lex artis*; y un movimiento segundo descendente que actualiza la *lex artis* adaptándola prudencialmente al caso concreto y determinando la *lex artis ad hoc*. Ambos movimientos se exigen recíprocamente.

²⁷⁸ Cfr. de este trabajo, III.3 y VII.2.c.

V. LA INCERTIDUMBRE CLÍNICA

Como ha quedado de manifiesto al inicio de este trabajo, los postulados de la ciencia médica, en términos generales, son asumidos como fiables tanto en el ámbito social como en la comunidad científica²⁷⁹. Al igual que existen parcelas de ese conocimiento que se encuentran *in fieri*, y sus postulados son aceptados con diversos grados de certeza, sucede igual con los casos particulares.

Muchas veces, la incertidumbre aparece en los casos donde los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o propiamente inciertos. Otras, luego de una evaluación clínica objetiva y preliminar, esos datos hacen sospechar al médico que existen motivos razonables para temer efectos nocivos para el paciente²⁸⁰. ¿Cuál es la conducta razonable que se espera del profesional en estos casos? Veamos un ejemplo: como dijimos en la introducción, la pandemia declarada por la OMS el 11 de marzo de 2020 fomentó la investigación científica para buscar una salida posible a la emergencia. Durante los primeros meses de la pandemia, muchos artículos fueron publicados procurando ofrecer respuestas a las demandas de las instituciones de salud y disminuir la cantidad de infectados.

Sin desconocer la seriedad con la que los profesionales desarrollan sus investigaciones, es un dato objetivo que hubo una

²⁷⁹ Cfr. de este trabajo, I.3.b.

²⁸⁰ Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Bruselas, 2000.

profusa “oferta académica” con las fuentes más diversas y con las proposiciones más dispares.

En este estado de cosas, fruto de los diversos grados de certeza y de las posiciones sobre el diagnóstico y pronóstico del escenario global, muchos profesionales se mostraron escépticos frente a estudios que proponían tratamientos o fármacos con supuesto carácter antiviral. Algunos llegaron a manifestar que, incluso contando con tratamientos que se mostraren idóneos para el combate de la enfermedad, debería pasar tiempo hasta tenerlos por efectivos y seguros.

La genuina preocupación, creada por la carga de morbilidad y mortalidad que acarreaba la pandemia, agravó la situación. La plausibilidad biológica de algunos estudios, la existencia de incentivos financieros, las presiones de los pacientes y la buena voluntad de los proveedores de salud condujo en las primeras etapas al desconcierto de la comunidad médica que debía afrontar esta pandemia con escasa y dudosa información²⁸¹. En este contexto no quedaba claro qué tratamiento convenía seguir.

Para responder a esa pregunta los médicos acudieron a un principio rector en la evaluación de eficacia y seguridad de la actuación médica: la incertidumbre clínica o *equipoise*. Este principio establece que en ausencia de pruebas contundentes sobre la capacidad de curar y de efectos adversos no aceptables los médicos no deben recomendar tratamientos. En los casos de tratamientos

²⁸¹ Cfr. KRAMER, Daniel, *et al.* “Equipoise on covid-19 therapeutics”, *The British Medical Journal*, 2020, disponible en <https://blogs.bmj.com/bmj/2020/04/07/equipoise-on-life-support> el 15 de abril de 2020.

experimentales, estos solo pueden ser administrados en el contexto de ensayos clínicos aleatorizados y controlados con placebo a personas que hayan dado su consentimiento informado con plena libertad²⁸².

La respuesta quedaría incompleta si nos limitáramos a esbozar el principio de incertidumbre clínica, porque el profesional, al igual que el magistrado, no puede dejar de ejercer su función excusado en la oscuridad del problema²⁸³. Para ello, es necesario complementar el principio de incertidumbre clínica con otro: el precautorio. Este último indica que, en caso de duda sobre la correcta resolución de un determinado problema, cuando la ciencia no proporciona el conocimiento necesario, se debe adoptar un criterio de cautela, sopesar riesgos y contrastarlos con los beneficios. En efecto, si la ciencia no proporciona los conocimientos necesarios y los riesgos fueran

²⁸² Cfr. FREEDMAN, Benjamin, "Equipose and the Ethics of Clinical Research", *The New England Journal of Medicine* 317 (1987), pp. 141-145.

²⁸³ Cfr. artículos 1º, 2º y 3º del CCyC y antiguo 15º del CC derogado. En este mismo sentido ha dicho DENTI que "la conducta del jurista no puede estar condicionada por la incertidumbre de los resultados técnicos y, en consecuencia, por el peligro de errores judiciales debidos al empleo de modernos métodos de indagación. El progreso de la ciencia no garantiza precisamente la obtención de la verdad inmune de errores, y por otra parte, los métodos de investigación se consideran correctos sólo porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados erróneos en un momento sucesivo" DENTI, Vittorio, "Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 13 (1972), Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, p. 5.

grandes, no sería conveniente insistir con los caminos que ofrece la incertidumbre²⁸⁴.

El principio precautorio se encuentra plenamente incorporado al Derecho europeo²⁸⁵. Su función es ofrecer una cobertura para tomar decisiones en situaciones de incertidumbre científica, que afecten bienes particularmente sensibles como la vida y la salud. La singularidad de este principio radica en su aptitud para adaptar e incluso suspender un determinado régimen jurídico —hasta entonces vigente— en una situación concreta.

En términos análogos, años atrás la CSJN resolvió un caso en el que se discutían las conclusiones de dos dictámenes médicos contradictorios. El máximo tribunal reconoció, en esa ocasión, la necesidad de una mayor cautela cuando se presentan diferentes criterios entre profesionales de la salud. Expresó que, frente a la existencia de opiniones divergentes entre organismos especializados, por la gravedad del asunto, se deben extremar los recaudos para dilucidar la

²⁸⁴ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Derechos, legisladores, jueces y juristas ante la bioética y la deontología médica”, *Cuadernos de Bioética* 16 (2005), p. 184. Siguiendo a LOMBARDI VALLAURI, de la misma manera que es mandatorio abstenerse de disparar en la oscuridad a una silueta que podría ser un hombre, el médico debe ejercer una conducta preventiva frente a los potenciales daños. Cfr. LOMBARDI VALLAURI, Luigi, “L'uomo non contemplato. Diritto, etica y bioetica”, *Il mulino* 36 (1987), pp. 613-614.

²⁸⁵ Cfr. artículo 174^o del Tratado constitutivo de la Unión Europea, el cual ha sido desarrollado en diversos documentos posteriores. Jurisprudencialmente, tiene un desarrollo formidable en lo contencioso-administrativo, aunque también es reconocido en sede civil y penal.

real afectación de la salud²⁸⁶. La Corte de los Estados Unidos, a través del célebre caso *Daubert* nos ha dejado algunas previsiones que deben tenerse en cuenta para aceptar un dictamen técnico altamente especializado. En virtud de este fallo histórico, para acoger los contenidos de un dictamen de esta naturaleza se requiere (entre otros elementos) un consenso general por parte de la comunidad científica y se excluye cuando median dudas acerca de su validez epistemológica²⁸⁷.

El modo de abordar los casos clínicos complejos, desde una perspectiva precautoria, ha sido habitual en la jurisprudencia de la CSJN de los últimos cuarenta años²⁸⁸. El máximo tribunal ha

²⁸⁶ Cfr. CSJN, *Correa, Hugo Evaristo c/ ANSeS s/ Avocación*, Fallos 326:3566, 2003, considerando 5.

²⁸⁷ Cfr. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). Los requisitos que la prueba *Daubert* exige son:

- 1) que respecto del conocimiento de que se trata, exista un consenso general por parte de la comunidad científica; es decir, se excluye su utilización cuando medien dudas acerca de su validez epistemológica,
- 2) que de alguna manera sea empíricamente verificable,
- 3) que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona,
- 4) que haya sido revisado por parte de un comité o consejo de probada jerarquía científica
- 5) que se haya publicado en revistas especializadas que aplican el sistema de control preventivo por parte de científicos especializados en la rama del saber de que se trate a fin de que certifiquen su valor científico, y
- 6) que exista una relación directa con el caso.

²⁸⁸ Cfr. CSJN, *Saguir y Dib, Claudia Graciela*, Fallos 302:1284, 1980; *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Alejandro Vicente Sassone c/ Papelera Hispano Argentina S.A.*, Fallos 307:1900, 1985; *Cisilotto, María del Carmen*

priorizado la efectividad objetiva del tratamiento privilegiando las consecuencias menos gravosas. Por otra parte, el principio precautorio ha sido acogido expresamente en la legislación federal con respecto al medio ambiente, aunque no se encuentra circunscripto sólo a esta materia²⁸⁹. Por tanto, haciendo un análisis armónico de nuestro ordenamiento, de la jurisprudencia de la Corte, del valor de los bienes en juego y los estándares más elementales de prudencia, podemos predicar un principio precautorio en materia sanitaria, ya reconocido en el ámbito médico bajo el nombre de *equipoise*. Esto es: la ausencia de una demostración científica contundente exige mayor prudencia. Frente a un eventual impacto negativo sobre la salud, la conducta precautoria demanda un análisis cauteloso de las implicancias de la decisión. Si hubiera duda seria sobre la existencia de

Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), Fallos 310:112, 1987; *Liporace, Roque c/ Vázquez Ferro, Guillermo y otros*, Fallos 312:2527, 1989; *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán*, Fallos 325:677, 2002; *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y otros*, Fallos 325:677, 2002; *Correa, Hugo Evaristo c/ ANSeS s/ Avocación*, Fallos 326:3566, 2003; *Albornoz, Luis Roberto y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ Daños y perjuicios*, Fallos 330:748, 2007; *Duich Dusan, Federico c/ CEMIC (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas 'Norberto Quirno') s/ Amparo*, Fallos 337:471, 2014; entre otros.

²⁸⁹ Cfr. artículo 4º de la Ley 25.675. De igual manera lo ha reconocido la Unión Europea para otros supuestos no relacionados con el medio ambiente pero que están relacionados con bienes básicos como la salud humana. Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicado de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*, Bruselas, 2000, apartado 3.

consecuencias dañosas, la precaución mandará evitar la actividad²⁹⁰. Dicho en otras palabras, cuando un evento de cualquier naturaleza pueda significar una amenaza para la vida o salud, de carácter grave e irreversible, científicamente previsible, pero incierto en cuanto a los límites de extensión, la prudencia exige adoptar medidas proporcionales para evitar o disminuir el daño²⁹¹.

En síntesis, para responder a nuestra pregunta sobre cuál debe ser la conducta razonable del profesional en casos de incertidumbre clínica, sostenemos que, frente a un escenario científico incierto, el profesional debe asumir una posición precautoria con relación a las múltiples prestaciones propuestas por el progreso científico, privilegiando solo aquellas cuyos efectos deseados y consecuencias menos gravosas se encuentran acreditados. Este principio permite actuar en los casos en los que se han identificado los potenciales efectos nocivos de un fenómeno, producto o terapia, sin perjuicio que la

²⁹⁰ Puede mencionarse el caso *Peralta c/ Municipalidad de San Jorge* donde se debatieron, por un lado, los riesgos del uso de agrotóxicos en territorios semiurbanos y la necesidad de establecer una franja territorial de protección de la salud humana más estricta. En esa ocasión el juzgado santafecino, siguiendo el dictamen fiscal, resolvió que “la existencia de una publicación [...], expresando que el herbicida utilizado para la soja transgénica, principal cultivo de Argentina, puede producir malformaciones neuronales, intestinales y cardíacas [...] pone en crisis la Resolución 350/99 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca [...] por la cual se consideraba al glifosato como un producto que no ofrecía peligro según los parámetros de la Organización Mundial de la Salud”. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE DISTRITO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE SAN JORGE, PROVINCIA DE SANTA FE, *Peralta, Viviana y otros c/ Municipalidad de San Jorge y otros s/ Amparo*, 2009, del dictamen fiscal.

²⁹¹ Cfr. MORON URBINA, Juan Carlos, “Estudio sobre las atribuciones de la Administración sanitaria en Perú”, *Revista de Derecho Administrativo* 134 (2021), p. 107, cita online AR/DOC/386/2021.

evaluación científica no permita determinar el riesgo con suficiente certeza.

3. DISCRECIONALIDAD TERAPÉUTICA

Como se verá en el Capítulo VII, desde hace varios años, la tendencia normativa, jurisprudencial y doctrinal lleva a reconocer un espectro de discrecionalidad técnica, que el médico conserva como consecuencia de su independencia intelectual y el dominio de su ciencia²⁹². Esta discrecionalidad le permite optar entre caminos científicamente posibles para tratar una patología, pues la medicina actual reconoce una amplia gama de terapias, solo limitadas por las características del caso y el estado de la ciencia²⁹³. En este sentido, el ámbito de reserva médica garantiza al profesional un espacio de libertad científica el cual, siempre que el medio elegido resulte acorde a la ciencia médica, se halla extramuros del control judicial²⁹⁴.

La práctica de modular la letra de la norma general a las exigencias del caso no resulta extraña ni especialmente innovadora en el Derecho sanitario. Por ejemplo, ya en *Saguir y Dib*, por las

²⁹² Cfr. de este trabajo, VII.2.c.

²⁹³ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE RAFAELA, *C., L. G. c/ Policlínico ... y otros*, sentencia del 28 de agosto de 1998, publicado en La Ley Litoral 2000, p. 257, cita online AR/JUR/3188/1998.

²⁹⁴ Cfr. WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos, "La Responsabilidad Médica", *La Ley* 1998-E-1165. En este sentido, cfr. de los mismos autores, "La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La responsabilidad del Estado por la seguridad de los pacientes en hospitales", *Jurisprudencia Argentina* II (1997), p. 429 y ss. Este tema será profundizado en VII.5.b.

circunstancias de la causa y para evitar la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma que conducía a vulnerar derechos fundamentales, la Corte se apartó de la interpretación literal y rígida de la ley y ponderó las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley perseguía, los principios fundamentales del Derecho, las garantías y derechos constitucionales y los logros de resultados concretos jurídicamente valiosos.

Como venimos sosteniendo, el médico se encuentra con distintos caminos posibles que su *expertise* le aconseja. De entre esos cauces terapéuticos, el profesional deberá elegir el más conveniente, es decir, aquél que mejor se adapte a las circunstancias del paciente y al estado de la ciencia²⁹⁵. Una vez sopesada la utilidad, validez, eficacia y seguridad del tratamiento en la situación clínica concreta, surgirá la decisión terapéutica como consecuencia del ejercicio de la libertad de actuación médica.

Este ámbito discrecional resulta un recaudo necesario para la toma de decisiones razonables. En caso de que esta zona no existiera, la libertad de actuación quedaría anulada, pues el profesional se vería compelido a obrar mecánicamente a merced de una norma externa, lo cual sería incompatible con el concepto de profesión²⁹⁶. Por otro lado, el ámbito de discrecionalidad científica es propio de

²⁹⁵ Cfr. WEINGARTEN, Celia, *et al.*, "La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La responsabilidad del Estado por la seguridad de los pacientes en los hospitales", *Voz de la doctrina sobre la Jurisprudencia* 1 (1997).

²⁹⁶ Cfr. artículo 29º del CE médica de Uruguay. Este punto se ampliará en el Capítulo VIII cuando abordemos los peligros que se ciernen sobre la Medicina. Hemos explicado la importancia que tiene la libertad de actuación médica para el ejercicio liberal de la medicina en I.4.c.

cada rama del conocimiento y son los profesionales de esa área, avezados en la materia, quienes se encuentran habilitados para ingresar a ese ámbito. Se podría decir con DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN que el ingreso de las personas ajenas a este arte implicaría una intrusión ilegítima en ese foro²⁹⁷.

4. CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto hasta aquí podemos sintetizar:

1. El acto médico (directo) para ser tenido por jurídica, ética y científicamente válido, debe ser ejercido por un médico titulado y matriculado, ordenarse a una finalidad terapéutica, es decir acorde al arte de curar, y satisfacer los recaudos impuestos por la *lex artis ad hoc* a la luz de la evidencia científica.
2. Para configurar el acto médico, el profesional subsume prudencialmente la *lex artis* general en las particulares condiciones del paciente, a fin de obtener una propuesta terapéutica razonable para el caso concreto.
3. La tarea de subsunción se realiza en un ámbito de discrecionalidad terapéutica en donde confluyen elementos éticos, jurídicos y clínicos, y el profesional adopta la decisión, haciendo actual y concreta su libertad de actuación.
4. Así expuesto, el ámbito de discrecionalidad terapéutica es una necesidad en la configuración del acto médico pues

²⁹⁷ Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, "Libertad profesional...", pp. 11-51. Conforme se verá en el Capítulo VII, lo que sí corresponde a los magistrados es el conocimiento de la prueba de congruencia científico-lógica, materia juzicable.

brinda al profesional un espectro de oportunidad para ponderar los elementos y proponer el tratamiento más conveniente para el paciente singular.

5. Junto con los elementos esenciales y el ámbito de discrecionalidad médica, la evidencia científica resulta una exigencia ética, médica y jurídica para la corrección del acto médico y cualquier acto que carezca de alguno de los elementos esenciales, no tenga por fundamento la medicina basada en evidencia o desconozca el ámbito de discrecionalidad médica, no debe reputarse como válido sino un reflejo ilegítimo de aquél.

CAPÍTULO IV

LA ARMONIZACIÓN ENTRE AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE Y LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

En las páginas anteriores ha quedado conceptualizada y caracterizada la libertad de actuación médica. Hemos identificado los elementos que componen este derecho y cómo ha sido reconocido en los órdenes deontológico, normativo, doctrinario y jurisprudencial. Como todo derecho es una realidad que se expresa de manera dinámica, el análisis que hemos realizado *in abstracto* requiere determinaciones concretas a partir de casos que ilustren cómo se desarrolla esta libertad en la práctica.

A lo largo del presente capítulo abordaremos el despliegue de la libertad de actuación en su ámbito por antonomasia: la relación médico-paciente. Como resulta evidente, son múltiples los aspectos que pueden analizarse en esta relación. En honor a la temática y a la pertinencia de nuestra investigación, nos detendremos en una

dimensión que genera profunda polémica y debate, especialmente en la actualidad. Nos referimos a la compatibilización entre la autonomía del paciente en la elección de tratamientos y la libertad de actuación médica.

Como hemos dicho al inicio del trabajo, en esta relación intervienen distintos actores, que exceden a los componentes primarios de la atención médica. Por tratarse de los factores naturales, más específicos e imprescindibles, abordaremos su vinculación sin detenernos en los secundarios tales como el financista, el investigador o el educador²⁹⁸.

Para incoar la exposición, proponemos al lector el octavo interrogante que servirá de hilo conductor: ¿cómo se conjuga la libertad de actuación médica con el derecho de libre elección de tratamientos del paciente?

a. LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

A lo largo de la historia, los modelos de la relación médico-paciente han sufrido variaciones. Desde una perspectiva paternalista que atribuía tácitamente al galeno “una suerte de representación necesaria”²⁹⁹, hasta las más exigentes normas sobre consentimiento

²⁹⁸ BARRAGÁN sostiene que existe una relación inversa entre “especificidad” y “prescindibilidad” de modo que el componente más específico e imprescindible es el “prestador” que en Argentina tiene distintos subsectores. Cfr. BARRAGÁN, Horacio..., p. 331.

²⁹⁹ CROVI, Luis Daniel..., p. 3. Probablemente esta actitud paternalista en materia sanitaria no se haya extinguido. Antes al contrario, pensamos que sufrió una

informado son prueba de ello. En los últimos años, pareciera que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en sus distintos niveles, han centrado su atención en la autonomía del paciente para la toma de decisiones³⁰⁰. Si por esta tendencia, pensáramos que la libertad de actuación, como principio que sustancia la relación, ha sido subestimada, incurriríamos en un grave error. Por los motivos que expondremos, esta libertad goza de plena vigencia, aunque se nos muestre con un tinte distinto al de antaño.

En línea con lo expuesto, PAZOS HAYASHIDA considera que la relación médico-paciente ha sido matizada a partir de la reafirmación de la autonomía de este último, pero de ello no puede interpretarse que ese énfasis, haya dejado de lado el lugar que naturalmente ocupa el médico. Actualmente, el rol que asume el profesional es más bien de colaboración, es decir, que coadyuva en la determinación de las variables relacionadas con la salud del paciente³⁰¹. ALTISENT TROTTA y RUBIO MONTAÑEZ han sostenido que hoy en día “[s]e acepta la

mutación en su sujeto. Mientras en otros momentos la *paternidad* se atribuía al médico, pareciera que luego de la experiencia de la pandemia de Covid, la confianza ha virado hacia el Estado. Cfr. GARCÍA RUIZ, “Leopoldo, Vacunas, certificados Covid y control de fronteras: reflexiones en torno al caso Djokovic”, *Revista Chilena de Derecho* 49 (2022), pp. 89-102.

³⁰⁰ Posiblemente, esto se deba a la relevancia que ha adoptado la consideración del mismo como agente moral y, la visibilidad de algunos casos (aislados pero significativos al fin) de abusos en el ejercicio de la medicina. Recomendamos cfr. TOMILLO URBINA, Jorge, “Medicina y Derecho: los orígenes de la juridificación de la prestación de servicios médicos”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI* 8 (2010), pp. 169-182.

³⁰¹ PAZOS HAYASHIDA, Javier..., p. 5.

tendencia a que, en la medida de lo posible, el acto médico nazca del mutuo consenso entre las partes implicadas”³⁰².

La relación humana médico-paciente, siempre ha sido la base natural y fundamental del ejercicio de la medicina. Sin perjuicio de los avances de la técnica y la tecnología para el diagnóstico y las distintas formas de tratamiento, este vínculo continúa actuando como piedra angular del sistema de salud. Aunque resultan muy útiles, ni siquiera las más sofisticadas técnicas permiten sustituir el encuentro humano y singular que se da entre ellos³⁰³.

³⁰² ALTISENT TROTA, Rogelio y RUBIO MONTAÑEZ, Marisa, “Objeción de conciencia, una cuestión a debate”, *Formación Médica Continuada en atención primaria* 17 (2010), p. 672.

³⁰³ Para una mayor comprensión de los desafíos que trae la aplicación de tecnologías de última generación a la relación médico paciente, cfr. PATIÑO RESTREPO, José Félix, “La tecnología afecta la relación médico-paciente”, *Cirugía y Cirujanos* 84 (2016), pp. 80-87; MESA, Macarena, *et al.*, “El acto médico en la era de la telemedicina”, *Revista médica de Chile* 148 (2020); OMC, *La telemedicina en el acto médico. Consulta médica no presencial, e-consulta o consulta online*. Informe de la Comisión Central de Deontología, 10 de junio de 2020, disponible en internet en https://www.comv.es/wp-content/uploads/2020/06/informe_e-consulta_ccd_10_06_2020.pdf el 2 de enero de 2023; ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *Informe Anticipando. Inteligencia artificial en salud: retos éticos y legales*, Fundación Instituto Roche, 2020, pp. 9-26; del mismo autor, “Inteligencia artificial aplicada a la salud: ¿qué marco jurídico?” en SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN-GARCÍA, Fernando (Eds.), *E-salud y cambio del modelo sanitario*, Fundación Merk, Madrid, 2020, pp. 60-100; DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, “Medicina personalizada, algoritmos predictivos y utilización de sistemas de decisión automatizados en asistencia sanitaria. Problemas éticos”, *Revista Int. Éticas Apl.* 30 (2019), pp. 93-109; DEL RÍO SOLÁ, María Lourdes, *et al.*, “La inteligencia artificial en el ámbito médico”, *Revista española de Investigaciones Quirúrgicas* XXI (2018), pp. 113-116; COTINO, Lorenzo, “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derecho fundamentales”, *Dilemata* 24 (2017), pp. 131-150; entre muchos otros.

La característica eminentemente humana de este vínculo impacta de manera directa en los derechos y obligaciones de las partes. Una consecuencia inmediata es la confianza mutua que subyace en la relación. La AMM ha señalado que, en el ejercicio liberal de la medicina, esta reciprocidad es indispensable para entablarla y constituye su fundamento más propio³⁰⁴. Como manifestación de esta realidad, el galeno debe su primera lealtad hacia quien asiste, por sobre cualquier necesidad o conveniencia específica³⁰⁵. Esta confianza surge de la libre elección recíproca, al tiempo que se relaciona íntimamente con otros principios que forman su cortejo³⁰⁶:

1. el principio de acuerdo directo sobre las condiciones en que se ha de prestar la asistencia,
2. el principio de libertad de instalación de los médicos y
3. el principio de libertad de prescripción médica.

Un elemento a tener en cuenta en esta relación es la asimetría que se genera entre los sujetos. La vulnerabilidad del paciente inminentemente lo coloca en una posición de necesidad. Ello genera que el enfermo no se encuentre en las mismas condiciones que el profesional para decidir con objetividad la conveniencia de un

³⁰⁴ Cfr. Declaración de Córdoba de la AMM sobre la relación médico paciente, adoptada por la 71ª Asamblea General de la AMM, Córdoba, España en octubre de 2020, disponible en internet el 25 de octubre de 2022 en <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-cordoba-de-la-amm-sobre-la-relacion-medico-paciente/>.

³⁰⁵ Cfr. artículo 88º del CEMES.

³⁰⁶ Cfr. DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO DAROCA, Eva, "El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social", *Aranzadi Social* 5 (2000), pp. 888-889.

procedimiento³⁰⁷, incluso cuando el paciente resultara un médico experimentado³⁰⁸. En otros casos, la asimetría se ve agravada por la ausencia de información técnica, pues —más allá de lo expresado precedentemente— de ordinario el paciente no es un hombre avezado en medicina. Fruto de esta asimetría, la libertad de actuación —y la seriedad y responsabilidad con la que se la ejerza— resulta determinante a la hora de realizar procedimientos que requieren una especial formación científica³⁰⁹.

b. ÁMBITOS MATERIAL Y FORMAL DE LOS DERECHOS

Como es sabido, para no derivar en antisocial, todo derecho debe compatibilizarse con otros espacios de libertad ajenos a él y

³⁰⁷ En este sentido, dirá UROSA que “[a]sí, un paciente con dolor abdominal agudo quien consulta al servicio de emergencias y al cual se le propone una cirugía de emergencia, no está en las mismas condiciones del médico para decidir con objetividad sobre el procedimiento; aquí juega un papel muy importante el carácter relacional del enfermo (apoyo y consejo familiar) y el papel del médico como consejero, de manera que no se tome las decisiones solo, arbitrariamente, lo que es llamada heteronomía”. UROSA, Claudio... p. 173.

³⁰⁸ Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina, “Esterilización anticonceptiva autonómica: agravio a la dignidad y libertad personal y profesional enmascarado en el derecho a la disposición del propio cuerpo - Nota a fallo judicial en materia médica y jurídico-bioética”, *El Derecho*, Tomo 201, 16, 2 de abril de 2003, cita online ED-DCCLXIV-842.

³⁰⁹ Cfr. PAZOS HAYASHIDA, Javier... y UROSA, Claudio..., pp. 173-174. En el mismo sentido, cfr. CÁMARA SEGUNDA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, SALA I, *López, César c/ Gorchs, Guillermo s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 1 de septiembre de 1992 y CÁMARA DE APELACIONES DE TRELEW, CHUBUT, SALA A, *Padrón, L. J. c/ V., C. A. M. s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 22 de agosto de 2008. CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, SALA G, *Degleue, Cynthia L. v. Tobolsky, Ángel*, 2007.

con exigencias de orden general. Ningún derecho es una nota suelta, sino que se vincula con otras dentro de un gran pentagrama, formando una sinfonía armónica. En el caso de la realidad médica, es una necesidad de primer orden identificar los derechos que se presentan, para entender cómo interactúan entre sí. Haciendo una simplificación, dos derechos concurren a la consulta médica con los actores intervinientes: el derecho a la libertad de actuación del profesional y el derecho a la elección de tratamientos por parte del paciente³¹⁰.

Ambos derechos, *in abstracto*, requieren ser especificados con elementos doctrinales, legales y jurisprudenciales, que determinen el ámbito correcto y jurídico —es decir legítimo— de su ejercicio. De alguna manera, hacen falta especificaciones para acertar con el tono de la nota. Llamaremos ámbito formal del derecho al legítimo alcance o espacio de actuación razonable, lo que equivale a describir al verdadero derecho. Para ello, estudiaremos los derechos en cuestión con la mirada puesta en el fin de los mismos y los bienes que protegen. *A contrario sensu*, todas aquellas manifestaciones disonantes, que resulten fuera de este ámbito formal, las consideraremos un reflejo o sombra, por resultar ilegítimas o no tutelables. Algunas de estas manifestaciones podrán parecer *prima facie* incluidas en el contenido del derecho regulado, o al menos ofrecer duda sobre su pertenencia a este grupo (ámbito material). Otras, serán intuitiva

³¹⁰ Evidentemente, lo que a continuación se expondrá, no deja de ser un modelo, una abstracción limitada de la compleja realidad de los derechos intervinientes en la relación médico paciente. Con la presente exposición se busca dar visibilidad a la LAM y los límites de ella en la relación sanitaria.

y rápidamente excluidas por el lector, ya que no guardan vínculo alguno con la libertad analizada (ámbito excluido)³¹¹.

De esta manera, en las páginas siguientes advertirá el lector que no toda actuación materialmente médica está comprendida dentro del derecho a la libertad de actuación. A su vez, no toda actuación del paciente materialmente autónoma se encuentra comprendida dentro de su ámbito formal de libertad de elección. Para un mejor desarrollo del tema, se analizarán ambas esferas de ejercicio a través de una exposición dogmática y otra práctica.

2. LA LIBERTAD DEL PACIENTE A LA ELECCIÓN DE TRATAMIENTOS

El diccionario de la Clínica Universitaria de Navarra entiende por autodeterminación³¹² a la

[c]apacidad de decisión del paciente en el contexto de su relación con el médico. El enfermo no es un simple objeto de la manipulación del médico, sino parte constitutiva de una relación terapéutica [...] en la que debe participar como persona y sujeto moral.

³¹¹ Para una mejor comprensión de la delimitación de los ámbitos material y formal en la regulación de derechos, recomendamos: TOLLER, Fernando María, "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2005, Tomo II, pp. 1262-1267.

³¹² En el trabajo siempre que se mencione la autodeterminación o autonomía del paciente, se tratarán de manera indistinta.

Una de las manifestaciones más relevantes de esta capacidad de autodeterminación es la libertad que posee el paciente para elegir el tratamiento que considera más conveniente, de entre los propuestos por el médico. A continuación se expondrá su reconocimiento en el sistema jurídico actual y los elementos que componen el contenido esencial de este derecho.

a. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL PACIENTE A LA LIBRE ELECCIÓN DE TRATAMIENTOS

La Ley 26.529 menciona que “[e]l paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”³¹³.

En el marco de una relación sanitaria, el paciente tiene derecho a tomar libremente decisiones sobre su persona, correspondiendo al profesional informar acerca de las consecuencias de su elección. Entre las resoluciones que el paciente puede tomar, se encuentra la de negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia en todas las etapas de la consulta médica³¹⁴. Para ejercer este

³¹³ Artículo 2º inciso e) de la Ley 26.529.

³¹⁴ Ya el fallo *Scholendorff vs. Society of New York Hospitals* se concluía: “[e]very human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent, commits an assault, for which he is liable in damages”. En una traducción libre, puede leerse: “todo ser humano adulto y con mente sana tiene derecho a decidir qué se hace con su cuerpo, de manera que un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento del paciente realiza una agresión

derecho con propiedad, el profesional debe explicar claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento³¹⁵. Esta decisión del paciente es fundamental para una correcta *praxis* médica, pues toda intervención “en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”³¹⁶.

La Corte Suprema en varios pronunciamientos ha dejado claro que “la decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional”³¹⁷. Para ejercer este derecho de manera regular, es necesario establecer condiciones idóneas, que hagan posible la toma de decisiones compatibles con el proyecto vital. Para ello, resultará indispensable que el profesional brinde información

de cuyas consecuencias es responsable”. NEW YORK COURT OF APPEALS, *Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, 105 N.E. 92, 211 N.Y. 125 (1914).

³¹⁵ Otra manifestación concreta de este derecho corresponde a la negativa de participar en investigación o enseñanza de la medicina a partir del uso de sus datos o como objeto de estudio.

³¹⁶ Artículo 5º del Convenio para la protección de derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

³¹⁷ Cfr. CSJN, *D., M. A. s/ Declaración de incapacidad*, Fallos 338:556, 2015, en especial el considerando 19º del voto de la mayoría. Cfr. del mismo tribunal, *Arriola Sebastián y otros s/ Causa N.º 9080*, Fallos 332:1963, 2009, *Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias*, Fallos 335:799, 2012, *Bahamondez, Marcelo s/ Medida cautelar*, Fallos 316:479, 1993, *TS c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Fallos 324:5, 2001, *Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N.º 1174-*, Fallos 328:4343, 2005.

adecuada al paciente, que le permita elegir con libertad el tratamiento que considere más propicio a sus circunstancias. Dicho en otros términos, para el adecuado ejercicio del derecho de libre elección de tratamientos, el paciente debe tener acceso a la información sanitaria³¹⁸ y poder manifestar libremente su consentimiento informado³¹⁹.

b. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA ELECCIÓN DE TRATAMIENTOS

i. FINALIDAD

Como hemos dicho al abordar la libertad de actuación, cuando nos refiramos a la libre elección de tratamientos, nos ceñiremos a aquella que surge en la relación médico-paciente. Es decir, no se abordará la libertad de manera genérica sino sólo cuando se manifiesta en este marco.

Por ser reflejo de la autodeterminación, la libre elección de tratamientos permite identificar al paciente como agente moral independiente, ordinariamente capaz de asumir decisiones para su vida. Sin ser el único, el reconocimiento de esta autonomía es un recaudo fundamental a la hora de predicar sobre la dignidad humana. En este sentido CROVI dirá que “[e]l respeto a la dignidad de la persona

³¹⁸ Cfr. artículo 2º inciso f) de la Ley 26.529.

³¹⁹ Cfr. artículos 5º a 10º de la Ley 26.529.

comienza por reconocer la autonomía de sus decisiones, entre ellas, las relativas al cuidado de su propio cuerpo y su salud³²⁰.

Ahora bien, cuando el paciente concurre a la visita médica, sea de manera espontánea fruto de una urgencia o previamente coordinada con el profesional, su expectativa es la prevención, mejoría o curación de aquello que padece. Más allá de sus disposiciones personales, el paciente no acude a la consulta para vivir una experiencia recreativa. En la práctica, concurre a la entrevista cuando sufre alguna patología o cree sufrirla en algún momento. En caso contrario, el sujeto no necesitaría un médico para su atención, sino una persona ajena a esta ciencia, dispuesta a satisfacer complacientemente sus exigencias³²¹. La finalidad específica de la libre elección de tratamientos consiste en que el paciente, pueda elegir el procedimiento terapéutico más compatible con su proyecto vital, de entre los disponibles. De este modo, al momento de examinar si concurre la finalidad, existen dos elementos que deben ponderarse.

En primer lugar, el *telos* terapéutico. La elección de tratamientos debe responder a una finalidad curativa útil, pues su autonomía, no puede desvincularse de la defensa de su integridad corporal. En el marco de la relación sanitaria, la autodeterminación se encuentra

³²⁰ Cfr. CROVI, Luis Daniel..., p. 2.

³²¹ BESIO ROLLERO refiere que estos actos ejecutados complacientemente a partir de los pedidos del enfermo no pueden considerarse actos médicos. Cfr. BESIO ROLLERO, Mauricio, "Sobre...", p. 34. Al abordar este punto, recuerdo con alguna pena, la triste anécdota que nos contara un médico de guardia. En una ocasión - nos decía- le tocó concurrir al domicilio de una persona mayor que había informado una urgencia médica. Al llegar a la residencia del paciente, y luego de entrevistarlo y advertir que no parecía haber tal urgencia, este último le confesó que había solicitado asistencia para poder conversar con alguien.

intrínsecamente vinculado con la preservación de la integridad física y psíquica del paciente. Entender la autodeterminación como exaltación del yo ilimitado, resulta incompatible con la relación sanitaria, pues no se ordena a la finalidad que le dio origen.³²²

En segundo lugar, encontramos el *telos* axiológico. La libertad de elección de tratamientos pretende evitar toda práctica profesional sobre el cuerpo del paciente que resulte incompatible con su proyecto vital. A este respecto, el derecho en cuestión protege no solo la integridad corporal del destinatario de la práctica médica sino también su dimensión moral.

ii. SUJETO TITULAR Y SUJETOS OBLIGADOS A RESPETAR EL CONTENIDO ESENCIAL

Por tratarse del destinatario de las prácticas médicas, al paciente se ordena la actividad profesional, encontrando en él su origen, sentido y finalidad. El fundamento de sus derechos lo hallamos en la Bioética, en el estatuto ético universal de los derechos humanos y muy especialmente en los valores y principios que fundamentan el sistema de Derechos Humanos; a saber: dignidad, libertad, autonomía e igualdad³²³.

³²² Para mayor claridad en el planteo, algunos autores, como DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, consideran más apropiado partir del derecho a la integridad física antes que de la autodeterminación del paciente. A este respecto, recordamos la exposición realizada por el profesor español en el Congreso Nacional de Derecho Sanitario organizado por la Asociación Española de Derecho Sanitario que tuvo lugar en Madrid los días 20 y 21 de octubre de 2022.

³²³ Cfr. Resolución 1049/2021 del MS.

Aunque al paciente le corresponda en primer grado la titularidad de la libre elección de tratamientos, existen circunstancias extraordinarias en las que el ordenamiento traslada esta elección a otros sujetos que actúan en su representación.

En el caso de los menores de edad, suele hablarse de una capacidad progresiva³²⁴ para la toma de decisiones, lo que supone cierto equilibrio entre la libre elección de tratamientos y la protección específica que pueden brindar los tutores designados³²⁵. A este respecto, el artículo 26º del Código Civil y Comercial afirma:

[s]e presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el

³²⁴ Cfr. artículo 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³²⁵ Es necesario remarcar la diferencia entre capacidad y competencia. La capacidad se entiende como “el discernimiento que puede tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos”. En contraposición, la competencia es una noción vinculada al ejercicio de los derechos personalísimos que no se valora en un momento preciso, sino que se va desarrollando. Teniendo en cuenta estos antecedentes, a partir del caso “*Gillick*” en el derecho comparado, particularmente el inglés, se ha incorporado la idea de mayoría anticipada para el acto médico, la cual se basa en la premisa de que los sujetos adquieren conciencia sobre el propio cuerpo antes de arribar a la mayoría de edad legal. Cfr. FAMA, María Victoria, “El consentimiento informado de las personas menores de edad”, disponible en internet el 16 de agosto de 2021 en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/el-consentimiento-informado-de-las-personas-menores-de-edad>.

adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Por su parte el artículo 6º de la Ley de Derechos del Paciente establece que en los supuesto de incapacidad, o de imposibilidad de brindar el consentimiento a causa de su estado físico o psíquico, aquél podrá ser dado por las personas mencionadas en la Ley de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos, con los requisitos y con el orden de prelación que allí se establecen³²⁶.

Todos los actores intervinientes en la relación médico-paciente se encuentran obligados a respetar esta libertad. La ley 26.529 establece en su artículo 2º inciso b) que

[e]l paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.

Por otro lado, sostiene en su inciso c) que

[t]oda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto

³²⁶ Cfr. artículo 21º de la Ley 24.193.

respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles.

iii. CONTENIDO PROPIAMENTE DICHO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE TRATAMIENTOS

La libertad de elección se concreta en la facultad de participar en la decisión médica, aceptando o rechazando los tratamientos propuestos, según resulten más o menos acordes a su proyecto vital, creencias, valores e intereses³²⁷.

El paciente se encontrará en mejores condiciones para brindar o rechazar su consentimiento sobre la práctica terapéutica, en la medida que reciba un asesoramiento profesional, con información sanitaria completa, asequible a su formación y posición. En cuanto al modo en que la información debe brindarse, aquella exige hacerse de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente³²⁸. En palabras de CROVI, la información es adecuada cuando consiste en

una explicación efectuada frente a un paciente que, en uso de su razón, puede entender el diagnóstico de enfermedad y sus

³²⁷ OJEDA RIVERO, Rafael, "Autonomía moral y objeción de conciencia en el tratamiento quirúrgico de los Testigos de Jehová", *Cuadernos de Bioética* 23 (2012), p. 669.

³²⁸ Cfr. artículo 59º del CCyC.

efectos, como así también sus riesgos y los beneficios de la terapia recomendada.³²⁹

En cuanto al contenido, la información debe versar en los datos sobre el estado de salud, los estudios y tratamientos que se exige realizar y la evolución esperada, así como los riesgos, las complicaciones y posibles secuelas. El modo ordinario por el cual el paciente exterioriza su elección es el consentimiento informado³³⁰. Este consentimiento resulta el elemento fundante de la alianza terapéutica,

³²⁹ CROVI, Luis Daniel..., p. 6.

³³⁰ La Ley de Derechos del Paciente lo define en su artículo 5º como “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”. En este sentido, cfr. artículo 15º del CC brasileiro: “*Ninguém pode ser constrangido a submeterse, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”.

pues en su correcto ejercicio radica el buen despliegue de la libertad de elección y la responsabilidad del profesional de la salud³³¹.

En el consentimiento informado, queda de manifiesto la adhesión a las prácticas profesionales en el marco de la relación sanitaria. Esta declaración reviste singular importancia para el médico que se encuentra a cargo de la intervención pues permite conocer las expectativas del paciente. A fin de exigir el respeto de su derecho, el paciente cuenta con la facultad de oponerse y rechazar los tratamientos propuestos.

Algunos autores han calificado el derecho de rechazar tratamientos como una objeción de conciencia impropia³³². Estrictamente, antes que una objeción se trataría de un acto de repudio, es decir, un rechazo a un tratamiento no obligatorio, siempre que aquél no resulte exigible por imperativo de salubridad. Esta naturaleza nos parece más propia pues el repudio se configura cuando voluntariamente la persona rechaza aquello que le es debido, cuando declina lo que en justicia le corresponde. Por el contrario, el hombre objeta cuando se resiste a satisfacer cierta obligación impuesta por razones de justicia.

³³¹ Cfr. FEDERACIÓN NACIONAL DE ÓRDENES DE DOCTORES, CIRUJANOS Y DENTISTAS, Documento de su Consejo sobre Declaraciones anticipadas de tratamiento del 13 de junio de 2009.

³³² A este respecto, recomendamos cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *La impropiamente llamada Objeción de Conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, especialmente pp. 53-216.

IV. LÍMITES Y CIRCUNSTANCIAS QUE LLEVAN A SU PÉRDIDA

La libertad de elección de tratamientos presenta algunas limitaciones. En primer lugar, no ampara expectativas del paciente contrarias al ordenamiento jurídico. Hace poco más de una década sostenía LARIOS RISCO que

[l]as peticiones de pacientes en situación terminal para que los profesionales sanitarios pongan fin a su vida de manera rápida e indolora (eutanasia) o para que le procuren los medios para hacerlo por sí mismo (auxilio al suicidio), encuentran este primer límite de orden público representado por las normas penales que tipifican estas u otras conductas como delitos o faltas.³³³

En segundo lugar, esta libertad está matizada por razones de interés público. La protección de la salud general, tarea encomendada a las autoridades públicas, también constituye un límite para el paciente. Esta limitación se justifica en los daños que podrían derivarse a terceros, por ejemplo, en los casos de enfermedades infectocontagiosas, o epidemias.

De ordinario, el derecho a la libre elección de tratamientos, aunque permite aceptar o rechazarlos, no trae consigo el deber de brindar una terapia determinada cuando existen otras disponibles. Mientras el primer supuesto exige de los profesionales un respeto

³³³ LARIOS RISCO, David, "La autonomía de la voluntad de los usuarios de servicios sanitarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 8 (2013), p. 280. Con esta cita queremos resaltar la juridicidad como límite a la autonomía del paciente. En virtud de las recientes modificaciones en materia legislativa sobre finalización de la vida, el ejemplo debería revisarse.

casi absoluto, en el segundo la solicitud se encuentra sujeta a criterios de buena práctica, conforme al conocimiento científico y los recursos disponibles, entre otros recaudos³³⁴. La Ley española de Autonomía del Paciente recoge esta segunda circunstancia habilitando el alta voluntaria o incluso forzosa siempre que existieran divergencias insalvables entre el criterio profesional y la decisión del paciente³³⁵.

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos han reconocido que en determinados casos, pueden llevarse adelante procedimientos terapéuticos contra la voluntad del enfermo. La Declaración de Lisboa estableció que “[e]l diagnóstico o tratamiento se puede realizar contra la voluntad del paciente, en casos excepcionales sola y específicamente si lo autoriza la ley y conforme a los principios de ética médica”³³⁶. Esto se complementa con el Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, el cual establece en su artículo

³³⁴ OJEDA RIVERO, Rafael..., p. 669.

³³⁵ Cfr. artículo 21^º de la Ley española 41/2002, de autonomía del paciente: “1. En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas. 2. En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión”.

³³⁶ Declaración de Principios de la Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente de la AMM.

17º las condiciones requeridas para practicar un experimento con una persona cuando no tenga capacidad para expresar su consentimiento³³⁷. A su turno, el artículo 9º de la Ley de Derechos del Paciente, excusa al profesional de requerir el consentimiento cuando “mediare grave peligro para la salud pública” o “una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales”.

Por su parte, la deontología también reconoce límites a la autonomía. Por ejemplo, el Código de Ética médica de la AMA establece en su artículo 23º que el profesional debe requerir autorización previa del enfermo para realizar operaciones mutilantes. No obstante, quedan exceptuados los casos en los que la indicación surja del estado de los órganos en el momento de un acto quirúrgico o cuando el estado del enfermo no lo permita. En estos supuestos, el profesional se encuentra compelido a consultar al miembro de la familia más cercano o a su representante legal.

GARAY, luego de realizar un estudio pormenorizado sobre los eximientes del consentimiento informado, reconoce, entre otros: la urgencia, el privilegio terapéutico, la incapacidad del paciente, la renuncia expresa y la posibilidad de corregir una acción inesperada en el marco de una operación programada³³⁸.

³³⁷ Cfr. artículo 17º del Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, 1997.

³³⁸ GARAY, Oscar Ernesto, “El consentimiento informado en clave cultural, bioética y jurídica”, *La Ley* 2014, cita online AR/DOC/1754/2014, p. 5.

3. RAZONABILIDAD DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

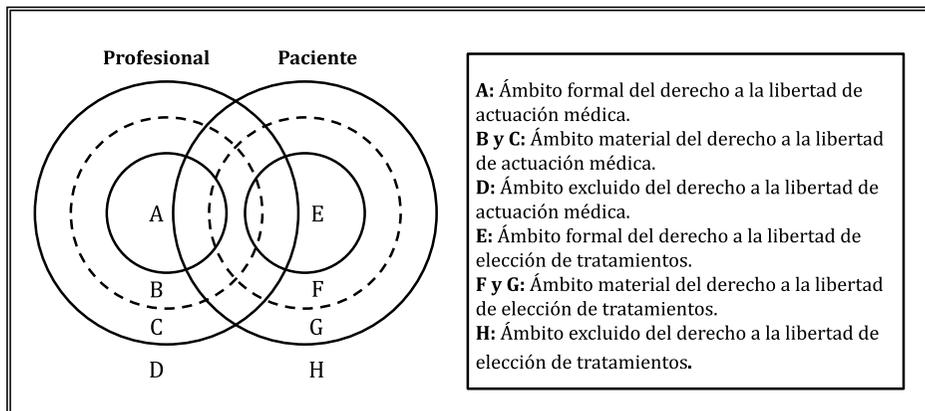
En el estudio de la regulación de derechos, existe una doctrina profusa y extendida que concibe la vida de estos como en permanente conflicto. Abordar su reglamentación desde esta perspectiva, lleva al convencimiento de que —ordinariamente— la aproximación entre dos derechos se analice en términos de contienda o colisión. Esta escuela propone, que el conflicto se resolverá a partir del sacrificio de uno de ellos, la capitulación parcial de ambos (como en una especie de negociación), o la primacía en abstracto o en concreto que defina al derecho vencedor. Un sector de la doctrina ha criticado seriamente esta dogmática que cataloga a los derechos como si se trataran de gallos en riña. Estos autores afirman que abordar así la regulación implica desconocer el fundamento de los derechos humanos y las nociones más elementales de la lógica —como el principio de identidad y no contradicción—³³⁹. En respuesta a la visión tradicional y beligerante, sugieren considerar la regulación de derechos como una danza armónica o sinfonía, a partir del principio de proporcionalidad o razonabilidad.

En este trabajo, partiremos de esta última tesis armonizadora para analizar el desenvolvimiento de los derechos en juego. Por el nivel de sofisticación de esta doctrina, y para comprender acabadamente cómo se ejercita la libertad de actuación en la relación

³³⁹ Son abundantes las publicaciones que existen sobre este tema. A modo de ejemplo, recomendamos cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Ara Editores, Piura (Perú), 2003, pp. 199-237.

sanitaria, propondremos algunos casos prácticos. Con ellos describiremos varios escenarios donde tienen cita la libertad de actuación médica y la de elección de tratamientos. Estos ejemplos pretenden mostrar una aparente colisión de derechos, al momento de confrontar la autonomía del paciente y la del profesional.

A través del siguiente gráfico³⁴⁰ se pueden ver los ámbitos material y formal —a los que hemos hecho mención con anterioridad— del derecho de libertad de actuación del profesional y de elección de tratamientos del paciente, en la relación sanitaria.



Cada uno de estos ámbitos, podríamos identificarlo con los siguientes escenarios hipotéticos.

A: El médico que propone al paciente una transfusión sanguínea en los términos que indica la *lex artis*.

³⁴⁰ Para la elaboración del presente gráfico nos hemos inspirado en TOLLER, Fernando María, "Interpretación...", p. 159.

B: El médico que realiza una transfusión de sangre luego de que el paciente, identificado como testigo de Jehová, la había rechazado previa y expresamente.

C: El médico que realiza una transfusión contaminada a través de un equipo sin esterilizar y con un grupo sanguíneo incompatible para el paciente. Se pueden mencionar otros casos similares como la prescripción de cloroquina o el ibuprofeno de sodio para tratar la COVID.

D: El médico que prescribe la internación involuntaria de un paciente como castigo, o el anestesista que participa en la ejecución de un reo verificando la dosis del complejo químico a suministrar.

E: El paciente testigo de Jehová, mayor de edad, que concurre a la consulta médica y rechaza el tratamiento propuesto por el médico.

F: Frente a tratamientos igualmente compatibles con el proyecto vital, el paciente que solicita uno para el cual el médico requiere un instrumental que carece. Por ejemplo, el paciente que exige una prótesis específica con la que el médico no suele operar.

G: El paciente que exige una transfusión sanguínea incompatible con la suya o la administración de dióxido de cloro como paliativo para su enfermedad³⁴¹.

H: El paciente que solicita una transfusión sanguínea o la amputación de una extremidad sana por haber perdido una apuesta.

³⁴¹ El dióxido de cloro es una sustancia cuya acción terapéutica en pacientes con covid-19 no se encuentra demostrada científicamente. Cfr. MENÉNDEZ, Federico, "Dióxido de cloro y amparo de salud: ¿una nueva forma de imposición forzosa a profesionales de salud?", *Erreius*, Buenos Aires, 2021.

En términos esquemáticos, el resultado será el siguiente:

Sujeto	Caso	Finalidad	Legitimidad	Idoneidad	No afectación al CED
Médico	A	Sí	Sí	Sí	Sí
	B	Sí	Sí	Sí	No
	C	Sí	Sí	No	No
	D	Sí	No	No	No
Paciente	E	Sí	Sí	Sí	Sí
	F	Sí	Sí	Sí	No
	G	Sí	Sí	No	No
	H	Sí	No	No	No

Analícemos ahora pormenorizadamente los distintos casos, a la luz del juicio de razonabilidad planteado por TOLLER para la regulación de derechos³⁴².

³⁴² En su trabajo TOLLER explica que para el análisis de razonabilidad en la regulación de derechos, cuando la aparente colisión se produce por la presencia de dos derechos fundamentales, resulta necesario tomar las pretensiones de la demanda y su contestación y “convertirlo hipotéticamente en una norma”. Cfr. TOLLER, Fernando María, “Interpretación...”, 169.

a. FINALIDAD

En todos los casos, la conducta de los sujetos exhibe una finalidad³⁴³. A excepción de los casos D y H —donde la finalidad es, por parte del profesional, infringir un castigo o, por parte del paciente, el entretenimiento—, la finalidad última se encuentra en la curación o mejoría del paciente. Hemos asumido que el profesional busca esta finalidad pues propone tratamientos terapéuticos para el paciente y este último, vela para que dichos tratamientos resulten compatibles con su proyecto vital. Así, la finalidad se encuentra acreditada más allá de que *prima facie* podamos presumir la inutilidad del medio elegido.

b. LEGITIMIDAD

Tanto en el ejercicio de la libertad de actuación como de elección resulta esencial que la finalidad sea legítima. Ya sostenía HIPÓCRATES que

[u]n vendaje es propio de la medicina, si está hecho para beneficiar al paciente. [...] Hay que descartar los vendajes elegantes y teatrales que en nada benefician. Pues eso es un alarde vulgar y por completo fanfarrón, que a menudo produce daño

³⁴³ A la hora de analizar la conducta del médico y del paciente, no descartamos que existan distintas motivaciones que los lleven a obrar de determinada manera. En una misma acción pueden presentarse múltiples causas. No obstante, por una cuestión metodológica y tratándose de un modelo, se ha elegido una finalidad específica para cada caso, a fin de resaltar las diferencias entre ellos.

al paciente. Y el enfermo no busca el adorno, sino lo conveniente.³⁴⁴

Si el fundamento de la relación sanitaria se encuentra en esa comunidad de personas que busca tratar la enfermedad y promover la salud, será legítima toda finalidad que tenga por objeto un fin terapéutico, es decir que esté ordenada a curar o mejorar un cuadro patológico, respetando los intereses del paciente. Es por ello que, como recaudo previo al análisis, se debe explorar y diagnosticar — es decir, identificar— la existencia de una patología actual o potencial. Algunas veces, estos procesos podrían verse difuminados entre las solicitudes desmedidas del paciente y los afanes de progreso del hombre de ciencia.

Como manifestamos, las convenciones han reconocido la libertad de actuación y el derecho del paciente a la elección de tratamientos. Vale agregar que la legitimidad de la finalidad tiene de trasfondo el respeto de la dignidad de la persona, la cual no debe ser tomada como instrumento, sino como fin. Esto ha sido reconocido en el orden constitucional, convencional y legal. En efecto, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina reconoció la importancia de garantizar la dignidad del ser humano en tanto persona integrante de la especie humana, en un contexto como el sanitario, donde las acciones pueden poner en peligro su dignidad mediante una inadecuada práctica de la medicina y la biología³⁴⁵. En

³⁴⁴ HIPÓCRATES, *Tratados hipocráticos*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1990, Tomo I, p. 176.

³⁴⁵ Cfr. considerandos del Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, 1997.

este mismo sentido, el Convenio reivindica la protección de la dignidad e identidad del ser humano en el contexto de las aplicaciones de la biología y la medicina³⁴⁶ mientras reconoce la primacía del ser humano sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia³⁴⁷.

Por su parte, la Declaración de Lisboa sostiene que “[l]a dignidad del paciente y el derecho a su vida privada deben ser respetadas en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y sus valores”³⁴⁸. La Declaración de Ginebra exhorta solemnemente a los profesionales de la salud a no emplear los conocimientos médicos para violar derechos humanos ni siquiera bajo amenaza, sino a respetar la autonomía y dignidad de los pacientes³⁴⁹.

El art. 2º, inc. b) del Anexo del Decreto 1089/2012 establece que

³⁴⁶ Artículo 1º del Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, 1997.

³⁴⁷ Artículo 2º del Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina, 1997.

³⁴⁸ Cfr. principio 10º de la Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente de la AMM.

³⁴⁹ Cfr. Declaración de Ginebra, adoptada por la 2ª Asamblea General de la AMM en Ginebra, Suiza en septiembre de 1948 y enmendada por la 22ª Asamblea Médica Mundial en Sydney, Australia en agosto de 1968 y la 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia en octubre de 1983 y la 46ª Asamblea General de la AMM en Estocolmo, Suecia en septiembre de 1994 y revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo en Divonne-les-Bains, Francia en mayo de 2005 y por la 173ª Sesión del Consejo en Divonne-les-Bains, Francia en mayo de 2006 y enmendada por la 68ª Asamblea General de la AMM en Chicago, Estados Unidos en octubre de 2017.

[e]l deber de trato digno se extiende a todos los niveles de atención, comprendiendo también el que deben dispensarle a los pacientes y su familia y acompañantes, sin discriminación alguna, los prestadores institucionales de salud y sus empleados, y los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, alcanzados por la ley 23.661 y su reglamentación. Ello, teniendo en cuenta la condición de persona humana del paciente, quien necesita de los servicios de salud, así como de la ciencia y competencia profesional que los caracteriza.

Si, como hemos dicho, la libertad de actuación médica tiene un carácter instrumental al servicio del paciente³⁵⁰, el orden inverso de los factores se encuentra vedado. Es decir, el paciente jamás puede ser considerado un medio al servicio del profesional o de la sociedad en general³⁵¹.

Llegados a este punto podemos preguntarnos por los casos D y H. En estos supuestos, si bien existe una finalidad, aquella no es propia de la relación sanitaria pues contraría los fines de la medicina. Debemos insistir, apoyándonos en la Ley de Salud Mental³⁵²,

³⁵⁰ Cfr. de este trabajo, II.6.a.

³⁵¹ Cfr. artículo 2º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

³⁵² En este sentido, la Ley 26.657 de Salud Mental dispone expresamente en su artículo 12º que “[l]a prescripción de medicación solo debe responder a las necesidades fundamentales de la persona con padecimiento mental y se administrará exclusivamente con fines terapéuticos y nunca como castigo, por conveniencia de terceros, o para suplir la necesidad de acompañamiento terapéutico o cuidados especiales”. A su vez, el artículo 20º sostiene que “[l]a internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso

que la actividad profesional debe ejercerse exclusivamente con fines terapéuticos y nunca como castigo o por conveniencia de terceros. En el caso D, el profesional podría verse inmerso en un proceso penal por delito de tortura³⁵³. Estas prácticas, tales como la prescripción de medicación o la internación involuntaria para castigar, se encuentran fuera del ámbito formal y material del derecho de libertad de actuación. Por otra parte, en relación al paciente (H), solicitudes de este estilo subvierten el fin de la medicina colocando al profesional como mero ejecutor de un deseo irrazonable, el cual podría ser reemplazado por un lego, complaciente de la expectativa del sujeto.

Como no existe relación médica sin finalidad terapéutica, en estos casos, no hay relación sanitaria, sino un reflejo de ella. Estos casos se encuentran fuera del ámbito formal del derecho regulado y excluidos incluso, de su ámbito material.

C. IDONEIDAD TÉCNICA

Analizaremos si los medios propuestos permiten alcanzar la finalidad de la relación médico-paciente, esto es, la promoción,

terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y solo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación involuntaria, además de los requisitos comunes a toda internación, debe hacerse constar: [...] b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento”.

³⁵³ Cfr. artículo 1º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En el ámbito interamericano destacamos la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

mejoría o curación del último a través de un tratamiento compatible con su proyecto vital³⁵⁴.

En la ciencia médica, el profesional realiza un juicio de idoneidad para el caso concreto. El galeno hace un análisis de razonabilidad terapéutica (también llamado “de idoneidad técnica”) en el que sopesa las circunstancias del paciente y las subsume en la *lex artis*. Este análisis se realiza dentro del ámbito de discrecionalidad médica. Allí, en principio, el jurista tiene vedado ingresar, pudiendo eventualmente someterlo a control cruzado con otros profesionales de la salud. En caso de que el galeno sometiera su juicio técnico a los imperativos propios de una subordinación externa, la decisión se encontraría viciada³⁵⁵. De hecho, como sostiene el Código de Ética médica, “ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional”³⁵⁶.

A excepción de los casos C y G, los medios puestos a disposición sí resultan adecuados, es decir, idóneos para conseguir la finalidad de obtener la promoción, mejoría o curación del paciente y elegir tratamientos conforme a su proyecto vital. En los casos A y B, el

³⁵⁴ El examen específico de idoneidad terapéutica es un juicio de orden técnico y escapa a la formación del abogado. En el presente acápite no se busca realizar un tratado de clínica médica sino ilustrar con ejemplos concretos posibles escenarios de decisión médica con medidas adecuadas y otras que no lo son.

³⁵⁵ En este sentido, dirá DE FREITAS DRUMOND que “[l]a independencia profesional es, en el caso de una pericia médica, la base de la idoneidad del perito y del informe; si no la hay, el perito tiene derecho de rechazar hacerla”. Cfr. DE FREITAS DRUMOND, José Geraldo..., p. 1.

³⁵⁶ Artículo 48º del CE de la Asociación Argentina de Biología y Medicina Nuclear, 2020.

profesional de la salud pone a disposición los medios y obra conforme el estado de la ciencia. Por su parte, en los casos E y F, el paciente participa de la decisión médica a través del consentimiento (indicando con ello la compatibilidad del tratamiento con su proyecto vital), o la solicitud de un tratamiento también idóneo, distinto al planteado por el profesional de la salud.

En los casos C y G, la situación varía. El profesional de la salud propone un tratamiento hostil, contrario a lo que indica la *lex artis*. En estos casos, cuando no existen antecedentes que avalen la seguridad y efectividad del tratamiento, puede afirmarse que el profesional actúa de manera negligente o experimental con el paciente. Con ello, al no respetar los estándares de la medicina basada en evidencia, el acto médico estaría viciado.

Es un hecho evidente que en el estado actual de la ciencia, los profesionales no pueden obrar con terapias ya superados por el conocimiento científico. Los estándares actuales de la medicina basada en evidencia dejan atrás la práctica médica fundada en la intuición o en el dato anecdótico. Como se viene desarrollando, la libertad de actuación consiste en la facultad de elección, entre distintas opciones disponibles, de aquella que resulte más conveniente para el paciente, luego de haber analizado la validez, utilidad, seguridad y eficacia, conforme el estado de la ciencia.

En el supuesto G, el paciente que solicita una transfusión sanguínea incompatible, tampoco es adecuada, pues resulta incapaz de satisfacer la finalidad de la relación sanitaria. Estos casos donde se solicitan tratamientos inútiles, pueden ser motivados por la desesperación, la angustia, o —seguramente serán los menos— el mero capricho. Por ejemplo: solicitar antibióticos para un resfriado, la extracción de un molar para acallar una molestia, la sedación por un plazo superior al necesario para evitar la incomodidad del

postoperatorio, etc. En estos supuestos, luego de informar debidamente lo inadecuado o inaceptable del pedido, el médico se encuentra dispensado de actuar³⁵⁷. En el orden reglamentario, el profesional está llamado a respetar el proyecto vital del paciente, salvo que aquello signifique un atentado directo contra la salud de aquél³⁵⁸. En estos casos, la obligación del profesional consiste en brindar la información sanitaria respectiva al enfermo y eventualmente discontinuar la atención médica. Si el profesional accediera, habría comenzado a ejercer una medicina complaciente. En estos casos, el paciente no hace un ejercicio regular, sino un abuso de su libre elección. El hecho que el médico asesore al paciente y procure su bienestar conforme a su proyecto vital, no significa que sea un servidor obediente del enfermo y complazca todas sus solicitudes, aunque las considere inadecuadas por razones de ciencia o de conciencia³⁵⁹.

A fuerza de una reiteración, no debe olvidarse que esa libertad de elección busca ante todo, la promoción de la salud del paciente. Si esta no fuera su finalidad, no concurriría a la consulta profesional, sino al curandero o al charlatán. Como dice RODRÍGUEZ RIVERA:

[e]l enfermo tiene una infinidad de derechos, pero lo que espera del médico es finalmente que él haga lo mejor, es decir

³⁵⁷ Cfr. artículo 10.10 del CE médica español de la OMC sancionado en 2022.

³⁵⁸ Cfr. artículo 2.1 del Manual aprobado por la Resolución 1049/21 del MS.

³⁵⁹ Cfr. UROSA, Claudio, "La autonomía en el ejercicio clínico", *Medicina Interna* 30 (2014), p. 174.

que le brinde una atención concienzuda, diligente y conforme al estado de los conocimientos científicos.³⁶⁰

d. NO AFECTACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO

Llegados a este punto, nos encontramos con casos donde la actuación del médico y del paciente son adecuadas para lograr los fines de la relación sanitaria. Pero es necesario dar un paso más.

Hemos expuesto antes, por un lado, a un profesional que realiza la transfusión sanguínea para un paciente siguiendo el criterio científico y, por otro, al paciente que participando en la decisión médica propone tratamientos adecuados con base científica. Es hora de abordar plenamente la configuración del ámbito formal de ambos derechos y su delimitación de la esfera material.

Vimos en los puntos anteriores de este capítulo el contenido esencial del derecho a la libre elección de tratamientos. Para analizar su ejercicio razonable frente a la libertad de actuación y a modo de recapitulación, recordamos:

1. En el caso del derecho a la libertad de actuación médica, su contenido esencial consiste en la facultad del médico en el marco de la relación sanitaria (titular) de elegir la estrategia terapéutica más adecuada (contenido), conforme al estado de la ciencia (límites) para la curación o mejoría del paciente (finalidad) exento de intervenciones externas (sujetos obligados

³⁶⁰ RODRÍGUEZ RIVERA, Luis, *La clínica y su método. Reflexiones sobre dos épocas*. Ediciones Díaz de Santos. Madrid, España, 1999, p. 53.

a respetarlo) que le impone el deber de obrar con independencia de criterio (deberes).

2. Por su parte, en el caso del derecho a la libre elección de tratamientos, su contenido esencial consiste en la facultad del paciente en el marco de la relación sanitaria (titular) de participar en la decisión médica aceptando o rechazando tratamientos (contenido) en vistas a preservar su integridad física y moral (finalidad), cuya decisión el médico, el grupo familiar y social deben respetar (sujetos obligados), que le exige poner en conocimiento de su elección al profesional (deberes).

Como ha dicho DÍEZ FERNÁNDEZ, “[e]l núcleo de la cuestión estriba [en] encontrar el punto de equilibrio necesario entre los deseos del paciente y la libertad y responsabilidad del médico”³⁶¹.

En los casos B y F, sin perjuicio que el análisis de idoneidad técnica resultó satisfactorio (pues las medidas encontraban fundamento en la evidencia científica) no se respetó el contenido esencial de la libre elección de tratamientos y de actuación médica respectivamente. En efecto: en el caso B, el profesional de la salud obró conforme a los avances de la ciencia médica practicando una transfusión sanguínea idónea. Sin embargo, desconoció el contenido esencial del derecho a la libre elección del paciente en tanto que la medida intentada resultó incompatible con el proyecto vital previamente informado. De este modo, más allá que en el obrar profesional no hubieron óbices científicos, el ejercicio de ese derecho devino irrazonable por afectar el contenido esencial del derecho del

³⁶¹ DÍEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, “Autonomía del paciente y deberes del médico en el proyecto de Ley andaluza de muerte digna”, *Cuadernos de Bioética* 21 (2010), p. 59.

paciente³⁶². Por tanto, obrar conforme a ciencia con independencia de criterio, es una condición necesaria pero no suficiente para ejercer razonablemente este derecho. En el ejercicio del diagnóstico, prescripción y tratamiento, es necesario que el profesional compatibilice esa actuación médicamente adecuada, con las expectativas del paciente. Este último sería el caso A.

En el caso F, el paciente también obró interviniendo en la decisión médica conforme al estado de la ciencia, solicitando un tratamiento terapéutico entre los distintos disponibles por la *lex artis*. Sin embargo, desconoció el contenido esencial del derecho a la libre actuación médica, en tanto que la medida pretendió sustraer del profesional la facultad de elección entre los tratamientos que considera más efectivos y eficientes. En los hechos, el paciente intentó reemplazar la figura del galeno, con su “propio criterio médico”. De este modo, más allá que en el obrar del paciente no hubieron óbices científicos (pues ambos tratamientos resultaban compatibles con el proyecto vital) el ejercicio de ese derecho devino irrazonable por afectar el contenido esencial del derecho del profesional. En la práctica, significó una intromisión indebida en el ámbito de discrecionalidad médica. Para que el ejercicio de la libertad de elección de tratamientos resulte razonable, es necesario que el paciente compatibilice esa decisión autónoma con el estado de la ciencia y la libre actuación médica. Este último, sería el caso E.

³⁶² Descartamos aquí los casos de estado de inconciencia o dificultades sobrevinientes imprevistas que podrían matizar esta afirmación. En el caso, como recordará el lector, se trató de un paciente adulto quien había previamente brindado su consentimiento para rechazar la transfusión.

Se infiere, pero hay que destacarlo: la libertad de elección habilita al paciente a rechazar o aceptar terapias incluso en los casos donde se encuentra en riesgo su vida, pero no trae de suyo la facultad de exigir para sí la aplicación de un determinado tratamiento contrario a la evidencia científica³⁶³ o al criterio profesional. Como sostiene PARDO, la legítima autonomía del paciente debe respetarse pero

el médico también tiene algo que decir en la relación médico/paciente, y no es un mero asalariado bajo las órdenes del enfermo, ni su único objetivo es causar el bienestar. Por tanto, del mismo modo que se espera que el médico respete al paciente, debe esperarse el respeto en sentido opuesto.³⁶⁴

En este sentido, la libertad de elección del paciente se encontrará dentro del ámbito formal de su ejercicio siempre que resulte conforme a la *lex artis ad hoc* y respete la libertad de actuación médica (E). Así, todo comportamiento del paciente que sea contrario a la ciencia médica (G) o siendo ajustada a ella, no respete la libertad de actuación (F), será una conducta meramente material. Haciendo una analogía con la figura del *consentimiento informado*, podríamos decir que el paciente debe respetar el *consentimiento formado* del profesional.

Por otro lado, el ámbito formal de la libertad de actuación incluye la prestación del servicio médico elegido por el profesional

³⁶³ La jurisprudencia europea ha destacado esto mismo en los casos de eutanasia. Cfr. TEDH, 3ª Sección, *Mortier c/ Bélgica*, Asunto N.º 78017/17, 2022, apartados 119 y 138. En el mismo sentido, *Pretty c/ Reino Unido*, Asunto N.º 2346/02, apartado 40, 2022 y *Lings c/ Dinamarca*, Asunto N.º 15136/20, apartado 52, 2022.

³⁶⁴ Ídem nota 206.

conforme a la *lex artis ad hoc* (A) mientras que la conducta médica sin evidencia científica (C) o con ella pero incompatible con el proyecto vital del paciente (B) —salvo supuesto de excepción— será sólo un reflejo, un ámbito de actuación material.

4. CONCLUSIONES

La libertad de elección de tratamientos ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia. Su contenido esencial consiste en la facultad del paciente de participar en la decisión médica aceptando o rechazando tratamientos en vistas a preservar su integridad física y moral, cuya decisión el médico, el grupo familiar y social deben respetar, siéndole mandatorio poner en conocimiento de su elección al profesional.

Dentro del marco de la relación médico-paciente, en el ejercicio razonable de la libertad de actuación importa, en primer lugar, desarrollar el arte médico conforme a la *lex artis ad hoc* haciéndolo compatible con el proyecto vital del paciente.

Asimismo, para que el ejercicio de ambas libertades resulte armónico, en el caso particular deben reunirse los siguientes elementos:

1. que exista una finalidad terapéutica, pues lo contrario resultaría impropio de la relación sanitaria por subvertir los fines de la medicina;
2. que los medios propuestos y elegidos para lograr dicha finalidad sean terapéuticamente adecuados, es decir idóneos para el tratamiento de la enfermedad, conforme los estándares de la ciencia del momento, a partir de la evidencia científica disponible; y

3. que los medios terapéuticamente idóneos y propuestos sean compatibles con el proyecto vital del paciente y previamente autorizados por él, al mismo tiempo que sean elegidos libremente por el profesional de la salud.

CAPÍTULO V

LA ARMONIZACIÓN ENTRE SALUD PÚBLICA Y LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

Una vez dejado de manifiesto en las páginas precedentes cómo la libre actuación médica se compatibiliza con las expectativas, derechos y obligaciones del paciente, en el presente capítulo abordaremos la relación existente entre el rol del médico en el ejercicio de su libertad de actuación y el rol del Estado que busca garantizar el Bien Común, a través de la imposición de deberes a los profesionales.

Para incoar el presente capítulo proponemos al lector el noveno interrogante: para ser considerada razonable, ¿qué estándares debe superar una norma de policía que impone deberes a los médicos?

2. LA INTERVENCIÓN SUBSIDIARIA DEL ESTADO EN SALUD PÚBLICA

Ya en *La Política*, ARISTÓTELES mencionaba que

[t]odo Estado es, evidentemente, una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de algún bien, puesto que los hombres, cualesquiera que ellos sean, nunca hacen nada sino en vista de lo que les parece ser buenos [...] El más importante de todos los bienes debe ser el objeto de la más importante de las asociaciones, de aquella que encierra todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política.³⁶⁵

Ese bien, cuya atracción ARISTÓTELES advertía de modo ejemplar en el Estado, desde antaño se ha identificado como Bien Común³⁶⁶. Conforme lo entiende la Corte Suprema, este concepto ha

³⁶⁵ ARISTÓTELES, *La política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2017, p. 21.

³⁶⁶ Muchas definiciones se han intentado alrededor de este concepto, las cuales exceden la finalidad de este estudio. Desde el punto de vista jurídico-político, SANTIAGO afirma que el Bien Común aparece como:

- 1) la causa final del Estado,
- 2) el ámbito y la medida de la actuación estatal,
- 3) el fundamento de la existencia de la autoridad pública,
- 4) la fuente de legitimidad de las potestades estatales,
- 5) el objeto y cometido de la actuación de los poderes públicos,
- 6) el ideal y proyecto políticos,
- 7) el fin de la ley y causa final del derecho,
- 8) uno de los términos de las relaciones de la justicia legal y distributiva,
- 9) un componente esencial de la motivación de los actos administrativos,
- 10) elemento de la fundamentación de las sentencias,
- 11) el valor jurídico síntesis,
- 12) un elemento clave y necesario de la teoría jurídica, y

sido recogido en la Constitución Nacional, en su dimensión clásica, pues ya en su Preámbulo, se formula la promoción del bienestar general entre sus objetivos³⁶⁷.

SANTIAGO ha definido al Bien Común como

el conjunto de condiciones materiales y espirituales, de muy variado contenido (políticas, sociales, económicas, culturales y educativas, urbanísticas, ambientales, etcétera), que favorecen el normal y pleno desarrollo de la persona humana y de los grupos que integran la sociedad política y que han de ser creadas por y para todos y cada uno de sus integrantes, bajo el lúcido y limitado gobierno de una autoridad pública.³⁶⁸

De una manera similar, BARRA lo ha identificado como

aquél conjunto de condiciones, que se alcanzará, cuando el Estado realice esa multitud potencialmente indeterminada de cometidos actualmente determinados (de objetos en sí

13) un principio jurídico.

Cfr. SANTIAGO, Alfonso, "El concepto de Bien Común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución", *Colección 12* (2001), pp. 242-247.

³⁶⁷ Cfr. CSJN, *Quinteros, Leónidas S. c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina*, Fallos: 179:113, 1937, considerando 4º.

³⁶⁸ Cfr. SANTIAGO, Alfonso, "El concepto...", p. 268.

mismos determinados) para todos los hombres en general y para tal persona en particular.³⁶⁹

Estas condiciones no configuran un bien estático y concreto sino más bien dinámico y difuso, un norte orientador, pudiendo identificarlo mejor con un estado de cosas o, en otras palabras, un “clima social”³⁷⁰.

Esta realidad existencial se *actualiza* a medida que el Estado genera, a través del ejercicio de sus funciones, las condiciones adecuadas para el desarrollo más perfecto que la persona por sí, o en concurso con los demás, pueda conseguir.

Entre las distintas condiciones que el Estado debe generar, existe un conjunto menor que componen la Salud Pública. Como hemos dicho, la salud *participa* de la “vida” de la persona, constituyendo uno de sus elementos más relevantes.³⁷¹ Por tratarse de bienes fundamentales, la vida y la salud no pueden quedar relegados

³⁶⁹ BARRA, Rodolfo, *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 35. En un sentido similar, la Doctrina Social de la Iglesia lo ha definido como “el conjunto de aquellas condiciones de la vida social que permiten, ya sea a la colectividad como así también a sus miembros, alcanzar la propia perfección más plena y rápidamente”. Cfr. PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia*, Ciudad del Vaticano, Editrice Vaticana, 2005, n. 164.

³⁷⁰ Cfr. BARRA, Rodolfo..., p. 39.

³⁷¹ Cfr. de este trabajo, I.4.a.

entre las condiciones que permiten el más pleno y fácil desarrollo del hombre, para alcanzar su propia perfección³⁷².

Por otra parte, en tanto la salud es un bien personal, por su propia naturaleza es precaria y se encuentra expuesta a riesgos, necesitando ser cuidada y dentro de las posibilidades, restaurada. Así, la vida y la salud de la persona están expuestas a una naturaleza de la cual se asiste para satisfacer sus necesidades, pero en ella encuentra también un ámbito de combate³⁷³.

Como se ha dejado plasmado desde el comienzo, la recuperación y preservación de la salud suponen una actividad cada vez más compleja, masiva y técnica; en estas circunstancias, la dificultad de obtener una respuesta que aproveche todos los adelantos de la ciencia, sumado a la precariedad de la salud humana, convoca al Estado como garante del Bien Común para llegar subsidiariamente³⁷⁴ donde las instituciones inferiores no lo consiguen.

³⁷² Cfr. PETRELLA, Alejandra, "Salud Pública, Servicio Público y Derecho a la Salud", en AA. VV., *Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento*, Rap, Buenos Aires, 2011, p. 311.

³⁷³ Cfr. SOLER, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2015, p. 295.

³⁷⁴ Somos de la idea que la existencia de una comunidad más simple y natural que se configura en la relación personalísima médico-paciente, demuestra que cualquier sistema de asistencia médica, no ha de perder de vista que él guarda un carácter subsidiario respecto de esa comunidad primaria formada por el médico y el paciente; es esta comunidad, verdadera comunión existencial de personas concretas, la que ha de ser siempre promovida y protegida. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, 7ª Ed., Tomo I, p. 62. Asimismo, sobre la dinámica subsidiaria, remendamos cfr. BARRA, Rodolfo,

El Estado actúa de manera subsidiaria cuando dejando en manos de los particulares aquello que les corresponde por *jure proprio*, se reserva para sí las actividades que debe ejercer de manera indelegable por sus cualidades de comunidad soberana y perfecta (tales como justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores, legislación, etc.). Otras materias, incluso cuando impacten en la vida de la comunidad, se encuentran fuera del ámbito de competencia ordinaria del Estado. Por ejemplo, la subsidiariedad se manifiesta en la incompetencia estatal para determinar el contenido de la ciencia médica, pues aquello es un cometido propio de las instituciones científicas que se realiza en concurso con las universidades y los profesionales.

Ello no trae consigo que deje libradas al azar, aquellas funciones que naturalmente pertenecen a la esfera de los particulares, pero que por causas estructurales no pueden satisfacer. Es una experiencia conocida que, aunque el hombre sea un agente moral, capaz de enfrentar y atenuar estas vicisitudes, en muchas situaciones su actuación resulta insuficiente. Esta limitación convoca al Estado a intentar resolver aquello que las instituciones primarias no logran. En materia de Salud Pública, el Estado interviene como actor social, a través del cuidado de la higiene pública, conservando la salud y (en último término) promoviendo su derecho a través de medidas positivas y negativas.

La jurisprudencia del máximo tribunal es conteste acerca del carácter fundamental que tiene la intervención del Estado en esta

materia. A este respecto, la CSJN ha afirmado³⁷⁵ que el Estado Nacional detenta la responsabilidad primaria y principal en la articulación de las políticas sanitarias, en la supervisión y fiscalización de las personas obligadas en forma directa a proveer servicios de salud y en la respuesta urgente cuando éstas incumplen la prestación³⁷⁶. Asimismo, ha sostenido que el deber de promover y defender la salud se encuentra implícito en el bienestar general, inserto en el Preámbulo de la Constitución Nacional³⁷⁷.

³⁷⁵ Cfr. CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo ley 16.986*, Fallos 323:1339, 2000; *Campodónico de Beviacqua, Ana C. c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Amparo ley*, Fallos 323:3229, 2000, del voto de la mayoría; *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ Acción de amparo-medida cautelar*, Fallos 326:4931, 2003; *Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ Amparo*, Fallos 329:1638, 2006; *Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ Amparo*, Fallos 329:2552, 2006; *Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ Incidente de verificación*, Fallos 342:459, 2019, del voto de Rosatti y la conjuez Medina; entre muchos otros.

³⁷⁶ Cfr. GELLI, María A., "El derecho a la salud. Sujetos obligados y alcance de las obligaciones en el caso «G., J. A.»" , SJA 3/11/2004 JA 2004-IV-558, *LexisNexis Jurisprudencia Argentina*, 2004.

³⁷⁷ Cfr. CSJN, *American Cyanamid Company c/ Unifa Química e Industrial S.A. s/ Usurpación de patente de invención*, Fallos 278:313, 1970, considerando 15. De igual forma surge como mandato constitucional (cfr. artículos 14º, 14º bis, 18º, 19º y 33º CN) y de los pactos con jerarquía constitucional según artículo 75º, inc. 22º (cfr. artículos 3º y 25º de la DUDH, 4º de la CADH y 12º del PIDESC).

3. LA IMPOSICIÓN DE DEBERES EN SENTIDO ESTRICTO COMO MODO ESPECÍFICO DE ACTUACIÓN ESTATAL

El Estado interviene de muchas maneras para asegurar la salud pública. En el ordenamiento legal encontramos normas que regulan específicamente políticas de salubridad para algunas afecciones³⁷⁸, medidas de profilaxis para enfermedades infectocontagiosas³⁷⁹, la supervisión y contralor de las profesiones sanitarias³⁸⁰, el consumo y expendio de determinados fármacos³⁸¹, medidas de

³⁷⁸ Cfr. Ley 22.953 denominada Ley Antirrábica, Ley 23.798 de lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, Ley 26.279 que establece el régimen para la detección y posterior tratamiento de determinadas patologías en el recién nacido, Ley 26.281 sobre control y prevención de la enfermedades relacionados con el Chagas, Ley 26.657 de Salud Mental, Ley 27.130 de prevención del suicidio, entre muchas otras.

³⁷⁹ Cfr. Ley 11.843 de profilaxis de la Peste, Ley 25.543 sobre la obligatoriedad del diagnóstico de VIH en embarazadas, Ley 15.465 sobre enfermedades infecciosas, Ley 27.675 de respuesta integral al VIH, hepatitis virales y otras infecciones, entre muchas otras.

³⁸⁰ Cfr. Ley 17.132 para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, Ley 17.565 de la actividad farmacéutica, Ley 19.740 que crea el Registro Nacional de Profesionales del Arte de Curar, Ley 23.277 de regulación de la Psicología, Ley 23.752 de regulación de técnicos en prótesis dental, Ley 23.873 de especialidades médicas y odontológicas, Ley 24.004 de ejercicio de la enfermería, Ley 24.301 reguladora de la actividad de nutrición, Ley 24.317 reguladora de la actividad del kinesiólogo, fisiatra, y otros, entre muchas otras.

³⁸¹ Cfr. Ley 17.818 sobre estupefacientes, Ley 19.303 sobre drogas psicotrópicas, Ley 25.649 de promoción de la utilización de medicamentos por su nombre genérico, Ley 26.688 sobre control y producción pública de medicamentos, Ley 27.113 sobre actividad de laboratorios de producción pública, entre otras.

seguridad de actividades riesgosas³⁸², o las garantías en algunos procedimientos forzosos³⁸³ como las internaciones involuntarias, entre muchos otros. Uno de los modos que posee el Estado de ejercer este poder de policía es la imposición de deberes en sentido estricto, como especial acto de gravamen.

Tanto en el Derecho doméstico como en el foráneo, son comunes los deberes o prestaciones obligatorias que el Estado impone a los profesionales de la salud, como política pública sanitaria. Por ejemplo: el deber de colaboración y asistencia a las autoridades en situación de emergencia o desastre, los exámenes obligatorios, las internaciones involuntarias para pacientes riesgosos, etc.

En algunos casos, la ley requiere la participación de los médicos para brindar tratamientos de carácter obligatorio. Por ejemplo, desde principios de siglo XX³⁸⁴ ha sido una práctica habitual de la política sanitaria la vacunación obligatoria a la población en general y a determinados grupos en particular. Entre los requisitos que los cuerpos normativos recogen para su obligatoriedad se destaca el carácter terapéutico y probado de los compuestos que se proveen³⁸⁵.

³⁸² Cfr. Ley 17.557 relativa a la instalación y funcionamiento de equipos generadores de rayos.

³⁸³ Cfr. Ley 22.914 que regula la internación de personas con deficiencias mentales, toxicómanos y alcohólicos.

³⁸⁴ El reconocimiento jurisprudencial de esta política ya se remonta a principios del siglo XX. A este respecto, cfr. el caso "*Jacobson v. Massachusetts*", 97 U.S. 11 (1905) que dispuso la obligatoriedad de la vacuna contra la viruela en Estados Unidos.

³⁸⁵ Ídem nota 252.

En otras ocasiones, la ley exige a los ciudadanos someterse a determinados estudios en provecho del bienestar general³⁸⁶. Estos análisis son una manifestación más de deberes impuestos a la población, pero especialmente a los médicos, pues deben prestar colaboración a la Administración para llevarlos a cabo. Con una larga tradición, el ordenamiento ha reconocido que esos estudios resultan necesarios para el fortalecimiento de la salubridad y pueden aplicarse incluso contra la voluntad del paciente, auxiliados de la fuerza pública. En todos los casos que la ley establece deberes a los profesionales, la prueba de efectividad de los tratamientos, se encuentra expresamente contemplada³⁸⁷. Junto con la evidencia científica que justifica la imposición³⁸⁸, en la mayoría de los casos, las normas han

³⁸⁶ Por ejemplo, los exámenes compulsivos dispuestos por la derogada Ley de Chagas 22.360, la cual establecía la obligatoriedad de realizar exámenes médicos para determinar la presencia de la enfermedad y de otras patologías anejas. También, la derogada Ley 23.798 que establecía la obligación de los profesionales de indicar serologías para detectar el virus en personas integrantes de "grupos de riesgo" (cfr. artículo 6º), disposición que fue considerada cuestionable por su dudosa efectividad y pertinencia. En un sentido similar, la Ley 22.953 que impuso la obligación de someterse a un tratamiento determinado en los casos de mordedura de un animal (cfr. artículo 6º). Por último, cabe destacar la obligación de los pacientes con enfermedades médicas de hacerse tratar por un profesional médico (cfr. artículo 7º de la Ley 12.331).

³⁸⁷ Cfr. artículos 4º, 7º y 9º de la antigua Ley 26.281, 16º a 18º de la Ley 27.675, 1º y 2º de la Ley 25.543, 7º de la Ley 27.678, 9º y 16º de la Ley 27.130, 16º y 17º de la Ley 26.396, 1º a 3º de la Ley 26.279, 1º del Decreto 235/21, 5º, 6º y 12º de la Ley 12.331, la Ley 15.465, entre muchos otros.

³⁸⁸ Cfr. artículos 4º inciso c) de la Ley 23.798, 11º inciso a) y 12º inciso b) de la Ley 27.675, 2º inciso b) y 4º inciso c) de la Ley 27.678, considerando 10 de la Ley 26.396, 3º inciso 2º de la Ley 26.279, 1º del Decreto 235/21, entre muchos otros.

dejado en manos del profesional el modo concreto de llevarlos a cabo³⁸⁹.

Las internaciones involuntarias son otro ejemplo de prestaciones obligatorias, que la jurisprudencia del máximo tribunal ha legitimado³⁹⁰. La Ley 26.657 de Salud Mental regula esta materia indicando los extremos que deben acreditarse antes de proceder con un tratamiento de esta naturaleza. Otro deber que pesa sobre los profesionales de salud mental es el de recibir a los pacientes en Hospitales Generales y evitar su ingreso en nosocomios psiquiátricos³⁹¹. En todos los casos, la evidencia científica aparece como recaudo de razonabilidad y garantía del paciente³⁹².

Como se puede advertir y hemos desarrollado en los capítulos precedentes, el parámetro de la evidencia científica resulta ampliamente recogido por todo el ordenamiento para esta clase de tratamientos, aunque no se limita a esta materia, sino que afecta todo el

³⁸⁹ Cfr. artículos 6º del Anexo I del Decreto 1244/91 y 2º inciso j) de la antigua Ley 26.281.

³⁹⁰ Cfr. CSJN, *R., D. F. s/ artículo 482º Código Civil*, Fallos 331:1854, 2008, *R., M. J. s/ Insania*, Fallos 331:211, 2008, en especial considerandos 6 y 7. De la misma manera, TEDH, casos *Plaisier vs. Bélgica* (asunto 2875/11), *Saadouni vs. Bélgica* (asunto 50658/09), *Moreels vs. Bélgica* (asunto 43717/09), *Caryn vs. Bélgica* (asunto 43687/09), *Gelaude vs. Bélgica* (asunto 43733/09) y *Van Meroye vs. Bélgica* (asunto 330/09). Más recientemente, STEDH, caso *Ivinović vs. Croacia* (asunto 13006/13).

³⁹¹ Cfr. artículo 28º de la Ley 26.657.

³⁹² Cfr. artículo 7º inciso c) de la Ley 26.657.

sistema sanitario³⁹³. Asimismo, nuestra jurisprudencia ha reconocido la legitimidad constitucional de la imposición de deberes en sentido estricto como política pública, siempre respetando la evidencia científica disponible³⁹⁴.

4. ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE DEBERES EN SENTIDO ESTRICTO EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

Al igual que otros institutos de Derecho Público, la imposición de deberes, propiamente debe desplegarse en un espacio con márgenes determinados. Si afirmamos que la libertad de actuación se encuentra delimitada por las leyes de policía, haciéndola compatible con el bienestar general, la potestad estatal se encuentra sometida a principios que garantizan su ejercicio legítimo. Entre estos principios encontramos el de razonabilidad.

³⁹³ Cfr. artículos 7º inciso h), 20º y 21º de la Ley 26.657.

³⁹⁴ En una oportunidad, la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO, procedió a la vacunación compulsiva de un menor pese al rechazo de los padres de inocularlo con la vacuna BCG. Luego de asesorarse por el perito médico, la Cámara recordó que las excepciones a la regla general de vacunación obligatoria son los casos en donde la persona posea patologías que pudieran modificar el efecto de la vacuna y por tanto se encontrara contraindicada. Cfr. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO SALA I, *xxx c/ xxx s/medidas precautorias (artículo 232º CPCC)*, 2019. Otros fallos similares: cfr. SCJBA, *NN. O U., V. Protección y guarda de personas*, 2010, SALA DE FERIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, *Defensoría de Menores e Incapaces N.º 1 c/ C. F., T. S. s/ Medidas precautorias*, 2019. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE JUJUY, *F. S. de B., Ñ. y R.N. S. de B. en situación de riesgo*, 2016, entre otros.

Desde sus comienzos, la CSJN ha sostenido la doctrina de la relatividad de los derechos, siempre vinculada con la idoneidad de unos medios a una finalidad legítima³⁹⁵. Asimismo, el principio *favor libertatis* —recogido en el Preámbulo de la Constitución Nacional— veda al Estado el ejercicio indiscriminado del poder, restringiendo el alcance de aquellos actos que afecten la libertad individual, cuando por vía reglamentaria o legal existieren medios menos gravosos.

A fin de poder realizar el análisis de razonabilidad en términos similares al del capítulo anterior³⁹⁶, plantearemos algunos escenarios de reglamentaciones médicas con las que puede encontrarse el profesional de la salud en ejercicio de su arte.

³⁹⁵ Cfr. CSJN, *Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Machicote, Juan Carlos s/ Estafa reiterada*, Fallos 315:854, 1978, considerando 6; *Barneche, María Cristina Zuloaga de c/ Verde Onix S.C.A. s/ Despido*, Fallos 300:67, 1978, considerando 5; *Sindicatos de Obreros y Empleados Vitivinícolas y afines*, Fallos 263:71, 1967; *Noguera Isler, Enrique c/ Nación*, Fallos 263:460, 1965; *Barone Manlio y otro c/ Banco di Napoli*, Fallos 249:252, 1961; *Banco Central*, Fallos 256:241, 1963; *Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta*, Fallos 136:161, 1922, considerando 5; entre muchos otros. Por nuestra parte, nos identificamos con la idea de FINNIS que predica la existencia de absolutos morales protegidos por derechos absolutos. A este respecto, cfr. FINNIS, John, *Ley natural...*, p. 252. Dice el profesor australiano: “A pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos porque la séptima de las exigencias de la razonabilidad práctica que he identificado en V.7 es esta: que es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor básico, ya para uno mismo ya para los demás seres humanos. Y los valores básicos no son meras abstracciones, son aspectos del verdadero bienestar de individuos de carne y hueso”. En el mismo sentido, cfr. TOLLER, Fernando María, “Interpretación...”, p. 154.

³⁹⁶ Cfr. de este trabajo, IV.3.

Caso A: una norma que establece la vacunación obligatoria, previa prescripción médica del profesional. También incluiremos en este caso el dictado de las guías clínicas o protocolos de procedimiento aprobados por la autoridad competente.

Caso B: una norma que establece la vacunación obligatoria con evidencia científica que la respalda, pero sin reconocer contraindicaciones, precauciones ni necesidad de prescripción médica.

Caso C: una norma que establece la vacunación obligatoria sin evidencia científica respaldatoria.

Caso D: una norma que establece la esterilización forzosa de personas con discapacidad mental.

a. FINALIDAD

No hay un mejor método de interpretación de la norma que aquél que parte de su finalidad³⁹⁷. Ha recordado la Corte que la

³⁹⁷ Cfr. CSJN, *Recurso de hecho deducido por Laura Ema Basigaluz Saez en la causa Basigaluz Saez, Laura Ema c/ Ministerio de Educación y Justicia*, Fallos 308:1861, 1986, considerando 10 párrafo 3º.

esencia de la norma es su espíritu y fin³⁹⁸ y la primera fuente para determinar esa voluntad, es su letra³⁹⁹.

Toda norma de policía sanitaria tiene una característica particular: busca cumplir un deber definido genéricamente, pero no garantizar la indemnidad perfecta de todos los ciudadanos. En este aspecto, la CSJN dejó claro en el caso *Parisi de Frezzini* que el Estado no es un garante absoluto de la salud de las personas⁴⁰⁰. De hecho, la idea de indemnidad plena y satisfacción de todas las expectativas sanitarias de la población resulta irreal por su incompatibilidad con la naturaleza trascendente e inaccesible del Bien Común a la que hemos hecho referencia⁴⁰¹.

En los casos estudiados, el objetivo de toda actuación de policía es la preservación de la salud pública. No descartamos que, dentro de este *test*, se podrían encontrar otras finalidades, más o menos ilegítimas o acaso ocultas que serían objeto de las impugnaciones

³⁹⁸ Cfr. CSJN, *Partido del Trabajo y del Pueblo s/ Reconocimiento de personería jurídica política de distrito - Córdoba*, Fallos 312:1614, 1989 y *Etcheverry, Luisa Mabel y otros c/ Provincia de Buenos Aires, Estado Nacional y otros*, Fallos 313:1293, 1990, entre otros.

³⁹⁹ Cfr. CSJN, *Iglesias, Julio c/ Corporación Argentina de Productores de Carne*, Fallos 308:1745, 1986, *Estado Nacional - Ministerio de Economía - Secretaría de Intereses Marítimos c/ Arenera "El Libertador SRL." y otros s/ Cobro de pesos*, Fallos 312:1098, 1989 y *Maiorano, Francisco Antonio s/ Concurso preventivo*, Fallos 313:254, 1990.

⁴⁰⁰ CSJN, *Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros s/ Daños y perjuicios*, Fallos 332:2328, 2009, del dictamen del Procurador que la Corte hace propio.

⁴⁰¹ Cfr. de este capítulo, 2.

que correspondieren. Asumimos que la finalidad de la imposición de deberes en sentido estricto busca garantizar el acceso a las prestaciones de salud a la población en general. Más concretamente, tornar real la prevención, preservación, promoción, conservación y mejoramiento del derecho humano a la salud tanto individual como colectiva. En todos los casos que se plantean por hipótesis, encontramos una finalidad propuesta en la norma proyectada.

b. LEGITIMIDAD

La función de tutela encomendada al Estado en materia de salubridad fue reconocida por la CSJN desde sus orígenes. En el fallo *Saladeristas de Barracas*, la Corte afirmó que sobre el Estado pesa el deber de proteger la salud pública contra la cual no pueden alegarse derechos adquiridos y, menos aún, el derecho a comprometerla y sembrar el luto en la vecindad⁴⁰².

Por otro lado, la protección de la salud se encuentra reconocida como obligación internacional, por los tratados y convenciones que integran nuestro bloque de constitucionalidad, así como por distintas constituciones provinciales.

En este acápite, uno de los casos muestra una finalidad ilegítima. En el supuesto D, incluso cuando aquella podría estar inspirada en valores de higiene pública, la misma es reprochable a la luz de los principios y valores del Estado de Derecho Constitucional. Para resultar legítima no basta con que la finalidad sea terapéutica (lo cual

⁴⁰² Cfr. CSJN, *Podestá y otros c/ Provincia de Buenos Aires – Saladeros*, Fallos 31:273, 1887.

tampoco se verifica en el caso)⁴⁰³ sino además que se encuentre ordenada a los valores basales del Estado de Derecho Constitucional: principio *pro homine, in dubio pro ser humano*, no regresividad, entre otros⁴⁰⁴. Aun cuando se identifique estas normas con una supuesta finalidad sanitarista, en la medida que reconozcan a la persona como instrumento al servicio de otros fines, resultan flagrantemente inconvencionales y no pueden reputarse como razonables.

C. IDONEIDAD TÉCNICA

Con la superación del Estado de Derecho Legal, se evidencia una tendencia a reconciliar el Derecho con la razón práctica. En efecto, para que la norma supere los estándares de constitucionalidad, debe satisfacer primero un piso mínimo de racionalidad. A fin de averiguar si la norma supera este *test*, es necesario afrontar — una vez más — el juicio de idoneidad técnica, en virtud del cual ponderamos la relación entre los medios elegidos con su finalidad.

A partir de distintos antecedentes⁴⁰⁵, la CSJN ha sostenido que cuando el Estado contrae la obligación de prestar un servicio como

⁴⁰³ Para una mayor justificación de esta afirmación, cfr. de este trabajo, último párrafo de VIII.2.a.

⁴⁰⁴ Cfr. SAMMARTINO, Patricio, “Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, *Diario El Derecho*, publicación del 21 de mayo de 2014, p. 6.

⁴⁰⁵ CSJN, *Brescia, Noemí Luján c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios*, Fallos 319:840, 1994 y *Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Provincia de Santa Cruz*, Fallos 322:1393, 1999.

la salud pública debe hacerlo en condiciones idóneas para cumplir ese cometido⁴⁰⁶. Resultará intuitivo para el lector descubrir que una medida adecuada en el ejercicio del poder de policía sanitario será aquella que cumpla con los estándares de la medicina basada en evidencia. Este criterio permite que toda la práctica médica se fundamente en pruebas científicas y no en creencias, opiniones o ideologías. Así, cuanto mayor sea la evidencia —fruto de la investigación y el conocimiento científico vigente— más eficaces y de mejor calidad serán las decisiones adoptadas por la autoridad⁴⁰⁷.

Por la naturaleza de la actividad y para llevar a cabo esta tarea de continua actualización, el Estado cuenta con carteras especializadas, con competencia para brindar asesoramiento técnico y recomendaciones sobre estrategias de prevención, eliminación y control de enfermedades. En el ámbito nacional, la Secretaría de Estado de Salud Pública es el organismo de contralor que posee competencia para revisar la seriedad y eficiencia de las prestaciones, pudiendo intervenir de oficio, por demanda o a petición de parte interesada.

⁴⁰⁶ Cfr. CSJN, *Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 306:2030, 1984, *Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 307:821, 1985; *Reynoso, Osvaldo Norberto s/ Jubilación*, Fallos 307:1921, 1985; *Cadesa S.A. c/ Estado Nacional (ANA.) s/ Daños y perjuicios*, Fallos 312:343, 1989; *García, Ricardo Mario y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización de daños y perjuicios*, Fallos 315:1892, 1992; entre otros.

⁴⁰⁷ VIGO identifica este juicio con el estándar de racionalidad científica. Así, “una norma no está justificada racionalmente cuando presupone o afirma una contradicción indiscutible con una verdad demostrada científicamente”. VIGO, Rodolfo, “Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el Derecho”, *Prudentia Iuris* Número Aniversario (2020), p. 93.

Como establece la reglamentación, estos organismos de asesoramiento emiten sus dictámenes a partir de las prioridades de salud pública y criterios técnicos, logísticos y financieros a la luz de la medicina basada en evidencia.

Dentro del juicio de idoneidad técnica confluyen elementos cuyo contenido, por su particular relación con la ciencia médica, resultan ajenos al Derecho, y este último sólo puede limitarse a reconocerlos y remitirse a ellos. Así, encontramos criterios médicos tales como la seguridad, efectividad, eficiencia, etc.

En el caso C, el Estado dicta una norma contraria a la evidencia científica disponible. Actos de esta naturaleza, sin perjuicio de contener una finalidad terapéutica legítima, presentan un vicio en la adecuación pues carecen de sustento fáctico para alcanzar el fin propuesto. Estos actos contrarían la propia esencia de la medicina al tiempo que envician el Derecho sanitario. En efecto, en vistas a la validez de la norma de policía, la evidencia científica resulta un criterio indispensable, pues el juicio de *lo científico* integra el juicio de *lo idóneo* y con ello, *lo razonable*. En el caso, la norma no pasaría el *test* de razonabilidad en los términos que venimos indicando. Más aún, tratándose de un acto emitido en ejercicio de función administrativa, estaríamos en presencia de un acto irregular, con un vicio en su objeto y en su causa, debiendo ser revocado por razones de ilegitimidad⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Si se tratara de una norma administrativa nacional, correspondería aplicar los criterios de la LNPA. En efecto, el acto legítimo dictado por autoridad competente debe recoger en su motivación los antecedentes de hecho y de derecho para confluir en la parte resolutive (Cfr. art. 7º inciso b) de la LNPA). Con relación al

Ahora bien, incluso cuando en términos generales una política sanitaria resultara satisfactoria por los índices de efectividad en la población en general, podría suceder que al momento de su aplicación deviniera irrazonable por las particulares circunstancias de un paciente⁴⁰⁹. En el caso B encontramos un ejemplo de lo que se viene afirmando: la autoridad dictó una norma de policía eficaz, sustentada en evidencia. Sin embargo, la aplicación de esa terapia que contaba con respaldo científico para una indeterminada cantidad de casos se encontró contraindicada para el singular. Como bien ilustra VERDU:

[d]esde el clásico no hay enfermedades sino enfermos, de Claude Bernard, hasta el nunca puede ser aburrido ser médico de Brunner, la Naturaleza se empeña en demostrar que las

primero de los puntos, si sostenemos que la medicina es una ciencia práctica, experimental, cuyo fundamento y fiabilidad está dado por la evidencia científica, toda norma dictada debe partir de este mismo antecedente. En efecto, a fin de no desnaturalizar la medicina —objeto de la regulación—, la norma debe ceñirse a la realidad que pretende regular. Resultaría ilógico regular una realidad —como la medicina— abordándola como si se tratara del transporte público. Además de su naturaleza, hay criterios de conveniencia y oportunidad que claramente distinguen una actividad de otra. En relación al segundo de los puntos, el antecedente de derecho también se encontraría viciado porque el obrar médico en contra de su ciencia se encuentra jurídicamente prohibido. Esto reviste gran importancia, pues el vicio en el antecedente de hecho y de derecho trae consigo la imposibilidad jurídica del objeto. Vale decir que esto impacta de frente en la competencia del órgano que emitió la norma, pues el ordenamiento jurídico excluye de las facultades expresas, inherentes y razonablemente implícitas, el dictado de actos de esta naturaleza.

⁴⁰⁹ PAZOS HAYASHIDA reconoce que la adecuación depende de las necesidades específicas de la ciudadanía y del paciente individual. Cfr. PAZOS HAYASHIDA, Javier..., p. 9.

cosas —en medicina— no se solventan con remedios generales, actitudes rutinarias y aplicación de protocolos.⁴¹⁰

Para que el Estado logre con eficiencia los cometidos públicos, su actuación debe ser capaz de contemplar estos casos singulares. En este sentido, se ha dicho que las instrucciones en materia sanitaria no pueden identificarse con

fórmulas dogmáticas, obligadas y permanentes, sino guías clínicas, flexibles y temporales, pero seriamente evaluadas, sobre los modos recomendables de actuar en determinadas situaciones clínicas.⁴¹¹

En la misión estatal de velar por la salud pública, no basta con una actuación meramente formal o abstracta, sino que la norma debe ser funcional y aplicable a todos los actores del sistema. En efecto, la política sanitaria no tiene como objetivo ofrecer un catálogo de prestaciones indiferenciadas, sino aquellas que permitan una igual posibilidad de gozar de buena salud conforme a las necesidades particulares.

De esta forma, si para el paciente individual por sus particulares condiciones, el tratamiento se encontrara contraindicado o sujeto a precaución y la norma no lo hubiera contemplado, aquella no debería ser aplicada so pena de incurrir en irrazonabilidad. Esta irrazonabilidad ya no surge de la incompatibilidad con la evidencia científica sino de la frustración de la finalidad para el caso concreto.

⁴¹⁰ VERDU, Fernando, “La investigación en el ejercicio diario de la medicina”, *Gacetilla Internacional de Ciencia Forenses* 12 (2014), p. 2.

⁴¹¹ Ídem nota 116.

En términos de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, esta norma habría regulado el caso de manera *over-inclusive*, es decir, sometiendo a su regulación casos que no deberían estar alcanzados. En este supuesto, como en el anterior, la norma devendría irrazonable por no cumplir adecuada, eficiente y/o proporcionalmente la finalidad terapéutica⁴¹². Distinto es el caso A el cual, por los criterios que a continuación se expondrán, configura un típico caso de reglamentación sanitaria razonable.

d. NO AFECTACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL

Recordemos que para considerar razonable una norma, no basta con una finalidad legítima y medios adecuados, necesarios y proporcionales para lograrla. Es necesario acreditar la no afectación del contenido esencial del derecho regulado. Por tanto, una reglamentación razonable será aquella que, en el ejercicio del poder de policía sanitario, conserve intangible el núcleo básico del derecho.

La imposición de deberes en sentido estricto, particularmente en los casos que venimos estudiando, incide de manera directa en la esfera de la libertad de actuación de los profesionales. Como hemos dicho en el capítulo anterior, el contenido esencial de esta libertad consiste en la facultad del médico —en el marco de la relación sanitaria— de elegir la estrategia terapéutica más adecuada, conforme

⁴¹² A partir de esto, podría estudiarse la responsabilidad del Estado por actividad lícita, fundamentado en el sacrificio especial que debería sufrir el particular. Al no ser materia de la presente tesis, no se abordará. Sobre este punto, cfr. BIANCHI, Alberto B., “La doctrina del «sacrificio especial» en la responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, *Ediciones RAP* (2009).

al estado de la ciencia, para la curación o mejoría del paciente, exento de intervenciones externas que le impone el deber de obrar con independencia de criterio.

El respeto a la independencia de criterio profesional, corolario del ejercicio libre de actuación médica, ha sido defendido desde hace varias décadas, por los poderes públicos en distintas instancias, tanto en el derecho doméstico como en el comparado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español afirma que “no se puede imponer al médico una determinada forma de actuación o de ejercicio profesional, desde el momento en que usando de su ciencia y prudencia puede actuar como estime conveniente, incluso aunque no coincida en su solución con otro u otros médicos”⁴¹³. En esta misma línea, la Sala en lo Civil del mismo tribunal sostuvo que

el médico en su ejercicio profesional es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente, poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces al caso que deba tratar, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud. El Médico es por tanto el encargado de señalar el tratamiento individualizado en función de la respuesta del paciente y de prescribir el uso o

⁴¹³ STS, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª, sentencia del 29 de mayo de 2001, RJ 2001/4958.

consumo de un medicamento y de su control, proporcionándole una adecuada información sobre su utilización.⁴¹⁴

En palabras de la Sala Civil del Supremo Tribunal español, “[e]l legislador tiene la facultad de regular el ejercicio de las profesiones, conforme resulta de lo dispuesto por el art. 36º [de la Constitución Española], pero teniendo en cuenta que tal regulación debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional”⁴¹⁵. Asimismo, ha entendido que una medida restrictiva de derechos individuales debe superar dos juicios concretos sobre la razonabilidad: la necesidad y la proporcionalidad de conformidad al caso concreto.

Por otro lado, en la sentencia del 18 de octubre de 1989 el Tribunal Supremo sostuvo que la libertad de prescripción no puede ser restringida por vía reglamentaria. Esto es así pues la idoneidad del profesional para prescribir, diagnosticar o fijar el tratamiento del enfermo constituye la esfera del contenido esencial del derecho a ejercer libremente su profesión y la Administración no puede ingresar a dictar autos, resoluciones o instrucciones⁴¹⁶.

⁴¹⁴ STS, SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª, número 125/2006, de 8 de febrero, RJ 2006/544.

⁴¹⁵ Cfr. Fundamento Jurídico 1º, párrafo 6º de la Sentencia del STC 42/1986 de 10 de abril. Asimismo, sostiene el artículo 36º de la Constitución española: “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

⁴¹⁶ Cfr. STS, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 1ª, sentencia del 18 de octubre de 1989, RJ 1989/7411.

Así, la norma que imponga deberes de prescribir, o abstenerse de prescribir determinados tratamientos, solo resultará razonable en la medida que reconozca el margen de apreciación profesional y le permita adoptar una decisión técnicamente idónea según las circunstancias del paciente. Más aún, la norma que desconociera este ámbito de apreciación médica redundaría en un perjuicio al sistema de salud, pues no cumpliría su cometido, y significaría afectar recursos limitados de manera inútil, brindando un tratamiento a quien no lo necesitare.

Esta realidad ha sido reconocida en el ordenamiento argentino. Por ejemplo, la derogada Ley 22.909 de Vacunación General requería expresamente en su artículo 10º la intervención del profesional de la salud en la prescripción de vacunas. En la actualidad, la Ley de Vacunación General indica que la obligatoriedad de las vacunas se encuentra sujeta a los lineamientos relacionados con las contraindicaciones y precauciones médicas.

Con relación al segundo supuesto del caso A, queremos insistir en el carácter orientador de las denominadas guías de práctica clínica o protocolos⁴¹⁷. La elaboración de estas guías clínicas y de buenas prácticas, sin el debido reconocimiento del margen de apreciación, supondría una homogenización arbitraria de las múltiples manifestaciones de la relación médico-paciente. Estos protocolos, si se asumen como pautas rígidas vulnerarían la autonomía del paciente y del profesional. En la medida que la medicina no tiene un método único, con la aplicación de estos protocolos quedarían soslayadas

⁴¹⁷ Sobre el carácter flexible de las guías y protocolos médicos, cfr. de este trabajo, III.2.c.ii. y V.4.c.

sus preferencias sobre lo que se considera el mejor quehacer médico. Sin perjuicio que existan guías, nada obsta que el médico aborde al paciente con otra terapia de uso no generalizado, que pueda ser utilizada para el caso particular, si se muestra como más adecuada.

En un sentido similar, apelando a la jurisprudencia nacional, si la Corte ha reconocido como razonable la necesidad de intervención de un profesional oftalmólogo como exigencia para la venta de “gafas de sol” a fin evitar los daños ocasionados en la salud, cuánto más deberá exigirse la intervención profesional sujeto a la norma de policía en los casos de imposición de determinados tratamientos⁴¹⁸. En otra ocasión, la jurisprudencia sostuvo que el tratamiento prescrito por el médico, libremente aceptado por el paciente, con indicación fundada y avalada científicamente, tiene primacía por sobre las orientaciones generales, pues resulta prioritaria la evaluación efectuada en concreto para el caso particular⁴¹⁹.

5. CONCLUSIONES

La intervención subsidiaria en cuestiones de salud pública se extiende a las materias que las instituciones primarias no logran

⁴¹⁸ Cfr. CSJN, *Sportfila S.A. y otro c/ Estado Nacional (PEN) s/ Acción meramente declarativa*, Fallos 315:142, 1992.

⁴¹⁹ Cfr. JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE MAR DEL PLATA N.º 4, *García, Juan Adolfo v. Medicus S. A.*, 2008, considerandos 49º y 50º. En igual sentido, cfr. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE JUJUY, *M., H. E. c/ Estado provincial s/ Medida Autosatisfactiva*, 2003.

satisfacer. Entre las distintas formas de intervención se encuentra la imposición de deberes en sentido estricto a los profesionales de la salud.

Para reputarse razonable, este modo de intervención debe tener una finalidad terapéutica acorde a los valores del Estado de Derecho Constitucional, ser técnicamente idóneo para lograr la finalidad y no afectar el contenido esencial del derecho de libertad de actuación médica.

La técnica de imposición de deberes no afecta de suyo el contenido esencial del derecho de la libertad de actuación, en tanto reconozca un ámbito de discrecionalidad en donde el profesional pueda ejercer su ciencia subsumiendo el tratamiento debido al caso concreto y velando por su adecuación.

En los casos en que los deberes impuestos al médico no tengan finalidad terapéutica, la finalidad fuera contraria a los valores del Estado de Derecho Constitucional, no resulten conformes a la medicina basada en evidencia, estén contraindicadas para el paciente o no permitan al profesional apartarse de ellas por mejor criterio, dichas normas deben reputarse como irrazonables y en consecuencia inconstitucionales.

CAPÍTULO VI

EL CARÁCTER AUTORREGULADO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el Derecho ha aceptado que algunas materias son controladas y gestionadas más efectivamente cuando se reconoce a un determinado grupo social la potestad de formular su propia regulación y autogobernarse.

Este modo de proceder no responde a una coyuntura histórica específica. A lo largo de los años, han aparecido ámbitos autorregulados, algunos remotos y otros más contemporáneos. Así, encontramos regímenes antiguos como el universitario, el eclesiástico y el castrense, mientras que más próximos a nuestros días, vemos expresiones de este mismo fenómeno en el Derecho Deportivo, las normas de integridad empresarial y las de certificación de calidad.

En el estudio de estos ámbitos, tanto para los antiguos como para los contemporáneos, descubrimos motivos comunes que justifican la utilidad de su autorregulación. Entre ellos, destacamos principalmente:

1. la naturaleza de los valores protegidos,
2. la materia esencialmente técnica y
3. la eficiencia en la normación y su control interno.

Un caso paradigmático lo constituyen los Colegios o Consejos Profesionales. A través de las siguientes páginas revisaremos si los elementos que descubrimos en esas instituciones nuevas y antiguas pueden predicarse de los Colegios profesionales. Posteriormente, revisaremos en qué medida esta figura resulta útil para juzgar si la libertad de actuación médica ha sido ejercida correctamente.

Como puntapié del presente capítulo proponemos al lector los próximos dos interrogantes que buscaremos responder al final de la exposición:

- §. 10. ¿quién es el sujeto material y naturalmente idóneo para regular y controlar la profesión médica? y
- §. 11. ¿cuál es la figura jurídica que mejor se adapta a esta realidad?

2. ANTECEDENTES DE ÁMBITOS AUTORREGULADOS

Desde la Edad Media, algunas actividades de gran trascendencia social y especial complejidad, han gozado de un alto nivel de autonomía en su regulación y control. En ese período, la supervisión de muchas corporaciones se encomendaba a sus propios miembros.

En los años cercanos a la Revolución francesa⁴²⁰ y posteriormente a la Revolución bolchevique⁴²¹, la ordenación de estas actividades resultó absorbida por el Estado Moderno⁴²². El establecimiento de un Estado de Derecho centralista, formal, decimonónico y legalista refrendó esta nueva modalidad de regulación, pues monopolizó sus fuentes dando a la ley un valor superlativo. En su inteligencia, toda actividad de trascendencia social debía ser coordinada desde el aparato estatal, restringiendo la actuación de las instituciones intermedias. Para un sector de la doctrina, este fenómeno trajo

⁴²⁰ A través del Edicto de Turgot de 1776 y posteriormente, con la Ley *Le Chapelier* de 1791 se abolirá el orden corporativo. En esas normas, la creación de asociaciones gremiales quedaba prohibida y criminalizada. Años más tarde, estas corporaciones reaparecerán matizadas, con las Cámaras de Comercio y más tardíamente con los Colegios Profesionales.

⁴²¹ Por Decreto del 22 de noviembre de 1917, la URSS abolió el Colegio de Abogados cuyos principios de organización habían sido fijados por el Reglamento Judicial de 1864.

⁴²² En su obra "Revolución francesa y Administración contemporánea", GARCÍA DE ENTERRÍA realiza un valioso análisis sobre los fundamentos ideológicos de la República francesa. En ese estudio aborda cómo esa dogmática impactó en la configuración del Derecho Administrativo que conocemos. En este sentido, resultan especialmente útiles para nuestra investigación sus estudios acerca de los cuerpos intermedios posteriores a la Revolución de 1789. El maestro GARCÍA DE ENTERRÍA explicaba que con la revolución triunfante, la antigua estructura social de los poderes intermedios desapareció con el objeto de reunir todos esos antiguos poderes dispersos, en el seno único de una Administración centralizada. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Taurus Ediciones, Reimpresión, Madrid, 1984.

consigo la desnaturalización de algunas relaciones humanas, entre ellas la entablada entre médico y paciente⁴²³.

Con el advenimiento del Estado de Derecho Constitucional, esta visión fue mutando paulatinamente, y la idea de un monopolio de fuentes dejó paso a una verdadera pluralidad jurígena, fenómeno que PÉREZ LUÑO llegó a denominar el “desbordamiento de las fuentes del Derecho”⁴²⁴. Recientemente, esto se ha manifestado en la reaparición de normas de producción no estatal con valor de fuente. A la luz de algunos casos particulares, veremos ciertos elementos que pueden extraerse de ellos y que justifican su regulación autónoma.

a. NATURALEZA DE LOS VALORES PRESERVADOS

En ocasiones, la naturaleza de los valores en juego exige que las instituciones que los preservan tengan un régimen diferenciado. Los tres ejemplos históricos dan fe de ello: el ámbito castrense, el eclesiástico y el universitario.

Es sabido que la defensa y la seguridad constituyen valores esenciales de la comunidad, pues procuran conservar el orden social y facilitar el desenvolvimiento pacífico de los demás actores de la sociedad. En Argentina, la Ley 3679, reconociendo el fuero de causa marcial, aprobó el Código de Justicia Militar y dejó sin efecto el

⁴²³ Cfr. ELLSCHEID, Günter, “Die Verrechtlichung sozialer Beziehungen als Problem der praktischen Philosophie”, *Neue Hefte für Philosophie, Heft: Recht und Moral* 17 (1979), pp. 37-61.

⁴²⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Editorial La Ley, Madrid, 2011.

antiguo régimen⁴²⁵. Con sus modificaciones⁴²⁶, el Código se encontró vigente por más de cien años, antes de ser derogado por la Ley 26.394.

En la evolución de la normativa militar, la necesidad de un régimen distinto al civil se ha justificado en el cargo y posición que ocupa el castrense en la sociedad y en la naturaleza de los valores que protege. Por un lado, el fin de las fuerzas armadas consiste en defender el interés colectivo, con sacrificio del interés personal. Por otro, la naturaleza de ese ideal requiere de un sistema especial capaz de imponer ese sacrificio en todas las circunstancias.

Como ha sostenido BUSTILLO al fundamentar su Código, el régimen político del Estado resulta esencialmente distinto al militar, pues mientras el primero se subordina a la voluntad general, el segundo pretende “detener las iniciativas individuales y encadenar todas las voluntades al pensamiento y a la voluntad del que manda”⁴²⁷. En este mismo sentido, la CSJN siguiendo las palabras de ALCORTA,

⁴²⁵ Para conocer con mayor profundidad las discusiones sobre jurisdicción militar cfr. ABÁSULO, Ezequiel, *El Derecho penal militar en la historia argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002.

⁴²⁶ Luego de sucesivas enmiendas, en 1951 la Ley 14.029, redactada por SACHERI, estableció el texto ordenado extendiendo la jurisdicción militar a los delitos comunes cometidos en actos del servicio. Especial mención vale hacer sobre la gran reforma en 1984, con el dictado de la Ley 23.049.

⁴²⁷ BUSTILLO, José M., *Fundamentación al Código de Justicia Militar*, Departamento de Guerra, Buenos Aires, 1897, p. XVII, disponible en internet el 26 de octubre de 2022 en http://www.saij.gob.ar/docs-f/biblioteca_digital/libros/edicion-oficial_codigo-justicia-militar-ejercito-armada_1898/edicion-oficial_codigo-justicia-militar-ejercito-armada_1898.pdf.

reconoció la necesidad de colocar a las fuerzas armadas en una situación diferente a las demás partes del mecanismo gubernamental. Entre los motivos de esta necesidad se encontraban:

1. las características de su composición,
2. la naturaleza de las reglas que las gobiernan y
3. la necesidad de contenerlas ante la sociedad desarmada.⁴²⁸

Estos valores de gran relevancia y fragilidad a la vez, sin un tratamiento acorde a su naturaleza, podrían sufrir menoscabo y con ello un perjuicio para la comunidad. Por un lado, basta pensar en la corrosión del principio de *unidad de mando*, si los miembros de las fuerzas armadas no se encontraran sujetos a una férrea disciplina. Por otro, podemos imaginar las múltiples hipótesis de conflicto que se producirían, en caso que soldados desobedientes o indisciplinados, con capacidad técnica y material, llevaran adelante acciones contra civiles desarmados.

Junto con la defensa y la seguridad, el constituyente ha valorado el cultivo de la ciencia, la técnica y el arte. Desde sus comienzos, la universidad surgió con el fin de impregnar de conocimiento a la sociedad, difundir la cultura y permitir el progreso de los pueblos. Esta aspiración, sigue convocando a los universitarios a embarcarse en nuevos mares del saber, para perpetuarse en la posteridad y así no dejar un ministerio iletrado⁴²⁹. En Argentina, este deseo se refleja

⁴²⁸ CSJN, *Teniente Quiroga, Pedro A.*, Fallos 101:354, 1905.

⁴²⁹ Esta expresión ha sido tomada de un pintoresco relato acerca de la fundación de la Universidad de Harvard. Su texto original —que a continuación se

en el espíritu del constituyente. Aquél consagró en los artículos 18º y 19º de la Constitución Nacional, el deber del Congreso de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, a través de — entre otros medios— del dictado de planes de instrucción universitaria. Asimismo, preocupado por el desarrollo humano, económico, profesional y científico de los habitantes, el constituyente instruyó al legislador a dictar leyes que aseguren la autonomía y autarquía de las universidades nacionales⁴³⁰.

En consecuencia, ha sido reconocido en distintos cuerpos normativos, —con mayor o menor explicitación— que la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho humano, personal y social y por tanto una responsabilidad principal del Estado. De esta apreciable misión que el constituyente encomendó al legislador, fue dictada la Ley de Educación Superior. Desde entonces, las instituciones educativas procuran

transcribirá— se encuentra en un antiguo folleto titulado “*An account of the foundation of the colleges at Cambridge in New England*” impreso en Londres en 1642. El fragmento pertinente reza: “*After God had carried us safely to New England, and we had builded our houses, provided necessaries for our livelihood, reared convenient places for God's worship, and settled the city government; one of the next things we longed for and looked after was to advance learning and perpetuate it to posterity; dreading to leave an illiterate ministry to the churches, when our present ministers shall lie in the dust*”.

⁴³⁰ Cfr. artículo 75º inciso 19º *in fine* de la CN. En este mismo sentido, los artículos 1º y 44º de la Ley cordobesa 13.031 mencionan que los profesores titulares tienen a su cargo la dirección y ejercicio de la enseñanza teórico-práctica de su asignatura y que el desempeño autónomico de la cátedra queda bajo su exclusiva responsabilidad, contando para ello con la autonomía técnica y científica que les confiere la norma.

la formación de personas responsables, con conciencia ética y solidaria, reflexivas, críticas, capaces de mejorar la calidad de vida, consolidar el respeto al medio ambiente, a las instituciones de la República y a la vigencia del orden democrático.⁴³¹

Para este fin, la honestidad intelectual y la libertad científica son valores que, sin pertenecer exclusivamente al ámbito universitario, adoptan especial relevancia⁴³². Sólo a partir de ellas es posible el avance del conocimiento de las ciencias y las artes. Por este motivo, no debe extrañarnos que, todo aquello cuyo contenido y forma es una seria búsqueda de la verdad, necesariamente debe ser libre.

A este respecto resultan muy elocuentes las palabras que tuvo la CSJN a la hora de resolver el caso *Monges*⁴³³: “Las universidades tienen por destino ser la conciencia intelectual de la sociedad” y de tan noble y alta misión surge la “necesidad de garantizar su absoluta autonomía en razón de los profundos cambios históricos que caracterizan nuestros tiempos”. Ellas se encuentran “abiertas a todos los avances científicos, tecnológicos y culturales” y su autonomía resulta “condición para su funcionamiento y la realización de sus fines [...] al servicio del desarrollo, en justicia y libertad, de la república democrática”. Algo similar fue destacado por la UNESCO con

⁴³¹ Artículo 3º de Ley 24.521.

⁴³² Por brindar un ejemplo, intuitivamente puede afirmarse que la gravedad que reviste el plagio o el incorrecto modo de citar cometido por un académico no será igual que aquél producido en otros ámbitos (como un discurso político o una agencia de publicidad).

⁴³³ CSJN, *Monges, Analía M. c/ U. B. A. s/ Resolución N.º 2314/95*, Fallos 319:3148, 1996, del voto del Ministro Fayt.

respecto a las presiones que reciben los académicos por parte de agentes externos a los claustros universitarios⁴³⁴.

Finalmente, entre las funciones más dignas que el Estado argentino ha reconocido, se encuentra el sostenimiento espiritual de la comunidad. Ya el Decreto del 11 de marzo de 1852, justificado en la necesidad que “el clero pueda llenar su misión augusta”, reconoció que la organización y dirección de la Iglesia, era competencia exclusiva⁴³⁵ del Senado del Clero⁴³⁶.

Años más tarde, la Ley 17.032 aprobaría el Concordato celebrado entre el Estado argentino y la Santa Sede. En virtud de dichas normas, fue elogiada la “alta misión espiritual”, y se aseguró a la institución, la libertad de ejercicio de sus funciones en el país. A este respecto, el Estado reconoció el

libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito

⁴³⁴ La UNESCO manifestó su preocupación por la vulnerabilidad de la comunidad universitaria ante las presiones políticas que podrían menoscabar la libertad académica. Sobre este tema ha dicho que “solo se puede disfrutar del derecho a la educación, la enseñanza y la investigación en un ambiente de libertad y autonomía académicas de las instituciones de enseñanza superior y que la libre comunicación de las conclusiones, hipótesis y opiniones se sitúa en el centro mismo de la enseñanza superior y constituye la mejor garantía de la precisión y la objetividad de la formación académica y la investigación”. Disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html el 10 de enero de 2023.

⁴³⁵ Cfr. artículo 1º del Decreto del 11 de marzo de 1852.

⁴³⁶ Órgano compuesto por presbíteros elegidos por la autoridad eclesiástica.

de su competencia, para la realización de sus fines específicos.⁴³⁷

Como resultará intuitivo para el lector, los bienes y valores que se ordenan al fin de la institución —y procuran alcanzarlo—, deberán ser idóneos para ese cometido. Asimismo, para los miembros de esa institución, resultará una responsabilidad de primer orden preservarlos y promoverlos. Pareciera que, entre los valores necesarios para lograr el sostenimiento espiritual y el ejercicio del culto, se encuentran la piedad de los religiosos y la disciplina de los sacramentos. Estos valores adoptarán una relevancia singular, que difícilmente pueda encontrarse en otras organizaciones más o menos filantrópicas.

b. MATERIA ESENCIALMENTE TÉCNICA

Además de los valores involucrados, un segundo elemento para analizar en estos ámbitos es la esencia de la materia regulada. Sería un error afirmar que el Estado tiene completamente vedado controlar los actos que realicen los miembros de estos grupos. Por ejemplo, nadie impediría la intervención de un funcionario judicial en un robo cometido por un clérigo o un profesor universitario. Por otra parte, tampoco parecería razonable que el Estado realice un juicio sobre el acierto de un árbitro que sanciona a un futbolista en el campo de juego, o acerca de la licitud y validez en la celebración de un sacramento. Establecer los caracteres de la materia

⁴³⁷ Artículo 1º del Concordato celebrado entre Santa Sede y Argentina el 10 de octubre de 1966.

autorregulada nos permitirá definir cuál es el ámbito del poder legisferante y de control de sus miembros.

i. LA ESPECIALIDAD DE LA MATERIA REGULADA

La ordenación autónoma de las instituciones intermedias también se ha visto motivada en razón de la especialidad de la materia regulada.

Entre las múltiples reformas que se llevaron a cabo durante la presidencia de RIVADAVIA, la Ley patria del 24 de diciembre de 1822 —llamada “De reforma del Clero” — eliminó el fuero personal y modificó las instituciones de la Iglesia de ese entonces⁴³⁸. Este fenómeno también se replicó en otros puntos del orbe a principios del siglo XIX⁴³⁹.

A pesar de la abolición del fuero personal, la Ley del 17 de enero de 1823 siguió reconociendo la competencia del Senado del Clero para legislar, controlar, dirigir y gestionar las materias esencialmente espirituales. Entre ellas se encontraban: el culto, el coro y el servicio del templo catedralicio. En otras palabras, sin perjuicio

⁴³⁸ Entre otras reformas, la ley citada reemplazó el diezmo por asignaciones dinerarias a cargo del gobierno, destinadas al sostenimiento del clero, y convirtió el Seminario Conciliar en Colegio Nacional de Estudios Eclesiásticos con erario propio.

⁴³⁹ Puede mencionarse a este respecto, el Concordato celebrado entre Pio VII y el Rey de las dos Sicilias en enero de 1818 y la Convención de 1834 suscripta entre el Rey Fernando II y el Papa Gregorio X, en virtud de los cuales se estableció que las causas criminales y civiles de los clérigos serían resueltas por jueces civiles, a excepción de aquellas que versaren en materia estrictamente espiritual.

que el fuero personal se encontraba abolido, el orden y la disciplina en estas materias seguía siendo competencia de la autoridad eclesiástica.

Años más tarde, en los debates del artículo 2º de la Constitución Nacional, GOROSTIAGA sostuvo que la decisión de los puntos del dogma cristiano “no es de la competencia de un Congreso político, que tiene que respetar la libertad de juicio en materias religiosas y la libertad de culto, según las inspiraciones de la conciencia”⁴⁴⁰. Según GOROSTIAGA, la determinación del contenido esencial de la materia estrictamente espiritual resultaba ajena a los legisladores y solo a la Iglesia Católica correspondía preservar y administrar.

La imposibilidad del legislador de intervenir en cuestiones de esta naturaleza se extiende también a instituciones estatales. Desde sus orígenes, el Estado reconoció la autonomía del fuero castrense por razones de especialidad, y perduró luego de la abolición del fuero personal. Si pretendiéramos juzgar una decisión discrecional, técnicamente compleja, descubriríamos que su especialidad excede al pensamiento intuitivo⁴⁴¹. Fruto de la capacitación, experiencia y preparación, el juicio militar tiene un papel determinante, por ejemplo, para analizar la estrategia, el diseño y la planificación concreta de una campaña. Como es de esperar, estos recaudos superan ampliamente la especialidad de los órganos legislativo, judicial y administrativos.

⁴⁴⁰ IBARRA, Eduardo A., *Congreso Constituyente de 1852: Constitución de 1853*, Enrique L. Frigerio, Buenos Aires, 1933, p. 114.

⁴⁴¹ Cfr. PODESTÁ, Miguel Ángel, “Método para la toma de decisiones militares, una mirada crítica”, *Visión Conjunta* 15 (2016), pp. 26-30.

Actualmente, esta realidad continúa vigente en ámbitos distintos a los fueros tradicionales. La práctica deportiva, por demás extendida en nuestro tiempo, es un ejemplo de ello. En línea con lo normado por las leyes 20.655⁴⁴² y 27.202⁴⁴³, diversos autores han desarrollado la idea de un Derecho del Deporte como rama *in fieri*, con cierto grado de autonomía científica. De esta autonomía se pueden derivar dos consecuencias:

1. la existencia de conflictos esencialmente deportivos y
2. la necesidad de un sistema adecuado de resolución de esos conflictos.

En ambos casos, la especialidad y dinamismo que muestra el fenómeno deportivo exige una regulación especial. Una de las razones de especialidad reside en el complejo entramado de las normas que integran este Derecho: las hay de contenido público y privado, así como de fuente interna o externa⁴⁴⁴. Aquellas que emanan de la

⁴⁴² Cfr. artículo 16º de la Ley 20.655.

⁴⁴³ Cfr. artículo 20º de la Ley 27.202.

⁴⁴⁴ De esta manera, encontramos normas:

- 1) de fuente interna y naturaleza pública (leyes nacionales),
- 2) de fuente interna y naturaleza privada (reglamentos de un club deportivo o federación nacional como la AFA),
- 3) de fuente externa de naturaleza pública (Convenios internacionales relativos al deporte) y
- 4) de fuente externa de naturaleza privada (normas de Federaciones internacionales como la FIFA).

propia organización deportiva, son verdadera expresión de la especialidad que caracteriza al Derecho del Deporte⁴⁴⁵, y alguna normativa ha llegado a conferirle valor de fuente de Derecho positivo⁴⁴⁶.

Por último, encontramos los programas de integridad, normas de contenido esencialmente técnico, emitidas por instituciones no gubernamentales y reconocidas por el Estado. Estos programas consisten en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos dentro de la empresa, relacionados con la supervisión de las irregularidades internas. La norma rectora dispone que, para quedar eximida de responsabilidad, la persona jurídica debe haber implementado un Programa de Integridad⁴⁴⁷. Como se verifica en la letra de la ley⁴⁴⁸, el contenido y las particularidades de estos programas dependen de la naturaleza de la empresa y los riesgos propios de su actividad. El programa de *compliance* exige que aquél recoja los valores

Cfr. DOLABJIAN, Diego y SCHMOISMAN, Mario, "Derecho y Deporte en Argentina", *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre* 54 (2018), cita online IJ-DXLVI-388, disponible en internet el 27 de octubre de 2022 en <https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=42bef3d807babc5037947410a31b9e4b&control=ef8d837789a97926bd738ec278d4c3b8>.

⁴⁴⁵ Debe decirse: el trabajo de las organizaciones primarias que intervienen en el deporte, suplen la orfandad normativa que muchas veces se advierte. Por ejemplo, muchos institutos del Derecho fueron previamente regulados desde la esfera privada y con posterioridad asumidos por el ordenamiento público. Cfr. BARBIERI, Pablo C., *Fútbol Profesional*, 20XII Grupo Editorial, Bs. As., 2015.

⁴⁴⁶ Cfr. Resolución AFIP 3740/2015 de 19 de febrero.

⁴⁴⁷ Cfr. artículo 9º de la Ley 27.401.

⁴⁴⁸ Cfr. artículo 22º de la Ley 27.401.

propios de la organización y no se satisfaga con un contenido neutro a la realidad empresarial.

La cultura de las distintas empresas, el conocimiento singular que cada organización posee de sí y la limitación estatal objetiva de supervisar el riesgo de estos ilícitos, demandan una verdadera autorregulación. La ley establece unos estándares mínimos e indisponibles para las organizaciones, pero exige que los programas de integridad sean configurados teniendo en cuenta otros elementos que exceden a estos requisitos y son propios de la empresa⁴⁴⁹.

Estos programas, manuales de procedimiento o buenas prácticas, dependen de cada negocio e, incluso, de cada departamento interno. La ley permite que cada organización elija el sistema de integridad que se adecue mejor a su realidad. Así, en caso de un ilícito potencialmente atribuible a una persona jurídica, si la empresa había dictado un programa de integridad efectivo, y obró en consecuencia, queda eximida de responsabilidad. Esto tiene gran relevancia, pues la autoridad de control analiza la adecuación de la conducta empresarial al reglamento interno, mas no se inmiscuye en el contenido técnico de dicho reglamento. Esto refleja una vez más, la facultad autorreguladora de las empresas en materia de integridad y el avance de normas ajenas a la producción estatal, que son aceptadas y aplicadas por el Estado.

⁴⁴⁹ Cfr. artículo 23º de la Ley 27.401.

ii. LA ORDENACIÓN A LA MISIÓN, FINES Y CONTINUIDAD DE LA INSTITUCIÓN

Otro aspecto a la hora de evaluar el contenido esencial de la materia regulada es la relación directa con la existencia, misión y fines de la institución. Conforme se verá, los bienes cuya afectación impacta en la finalidad o naturaleza de la institución, son componentes de la materia esencialmente técnica.

En oportunidad de revisar una sanción canónica, la Corte Suprema sostuvo que existen materias vinculadas con la misión particular y los fines de la institución, donde el Estado resulta incompetente para legislar, ejecutar o juzgar⁴⁵⁰. En otro caso, matizó esa doctrina, e indicó que aquella podía invocarse siempre que la aplicación de las normas canónicas no lesione principios constitucionales o comprometan el orden público nacional⁴⁵¹.

El ordenamiento reconoce también la existencia de valores fundacionales, esculpidos en idearios, cuya afectación es capaz de subvertir la misma esencia de la institución⁴⁵². No se descarta que

⁴⁵⁰ CSJN, *Lastra, Juan c/ Obispado de Venado Tuerto*, Fallos 314:1324, 1991.

⁴⁵¹ CSJN, *Rybar, Antonio c/ García, Rómulo y/u Obispado de Mar del Plata y/o quien corresponda s/ Juicio sumarísimo (art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)*, Fallos 315:1294, 1992.

⁴⁵² Un ejemplo paradigmático sobre el valor de los idearios en instituciones privadas lo encontramos en el juego armónico de los artículos 9º y 10º de la Ley 25.673 conocida como “De salud sexual y reproductiva”. En virtud de ellos, las instituciones confesionales o no, pueden exceptuarse de determinados servicios cuando sean incompatibles con sus convicciones institucionales.

estos valores puedan ser compartidos por otras instituciones, aunque con matices diferentes.

Insistamos con el ejemplo de la universidad para ilustrar este punto. La honestidad intelectual y la libertad académica tendrán una relevancia distinta al de otras instituciones como el ejército, la Iglesia o una empresa. Si las universidades tienen la finalidad de generar y comunicar el conocimiento del más alto nivel, sólo pueden lograrlo con “solidez [...] responsabilidad, espíritu crítico y reflexivo, mentalidad creadora, sentido ético y responsabilidad social”⁴⁵³. Para lograr este cometido, las universidades gozan de autonomía académica e institucional, que se manifiesta principalmente, en la facultad de dictar sus estatutos y regirse por ellos, formular los planes de estudio e investigación y regular por sí, la materia relativa a lo esencialmente académico.

La autonomía científica subsiste incluso en caso de que el Congreso dispusiera su intervención. Esta libertad no solo es un límite a la injerencia del poder estatal sino un derecho que las instituciones universitarias deben promover y asegurar⁴⁵⁴. Solo así es posible mantener las condiciones que permiten a sus miembros cumplir fielmente las funciones encomendadas, sin temor a las represalias externas. Su preservación resulta indispensable para el correcto desarrollo de la labor docente y sólo debe sujetarse a los cánones de

⁴⁵³ Artículo 28º de la Ley 24.521.

⁴⁵⁴ Cfr. artículo 33º de la Ley 24.521.

erudición y rigor intelectual⁴⁵⁵, así como a los principios y métodos universales de investigación y enseñanza⁴⁵⁶. Entender así la libertad, posibilita a los docentes

poner en cuestión la ciencia recibida, para investigar nuevas fronteras de lo cognoscible, para transmitir versiones propias de la ciencia, no reproductivas de versiones establecidas.⁴⁵⁷

Algo similar sucede con la disciplina y el orden en materia militar. Estos valores, sin pertenecer exclusivamente al patrimonio castrense, se presentan con particularidad en las fuerzas armadas. Ellos constituyen componentes esenciales que crean en el personal militar una serie de deberes, ajenos a los que no poseen ese estado. Su violación por parte de un miembro del cuerpo resulta materia grave por los peligros que genera para la sociedad civil, y es motivo de especial reproche por su condición jurídica⁴⁵⁸. Asimismo, puede decirse que la desidia en su observancia pone en riesgo la misma

⁴⁵⁵ Cfr. INTERNATIONAL ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS AND LECTURERS, *Declaration of Rights and Duties Inherent in Academic Freedom*, Sienna, 1982, punto 4.1. En un sentido similar, cfr. UNIÓN DE UNIVERSIDADES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Ejes estratégicos de la Declaración de Guadalajara sobre autonomía universitaria*, Guadalajara, 2012.

⁴⁵⁶ Cfr. INTERNATIONAL ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS AND LECTURERS, *Declaration of Rights and Duties Inherent in Academic Freedom*, Sienna, 1982, puntos 6 y 7.

⁴⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La autonomía universitaria", *Revista de Administración Pública* 117 (1988), p. 12.

⁴⁵⁸ Cfr. CSJN, *López, Ramon Ángel s/ Recurso del artículo 445º bis del Código de Justicia Militar - Causa 2845*, Fallos 330:399, 2007, en especial el apartado V del dictamen del Procurador General.

existencia de la institución⁴⁵⁹, caso que no se da en miembros de la sociedad civil⁴⁶⁰. Esta relación de sujeción especial trae consigo una serie de obligaciones en cabeza de aquellos que se someten a dicho régimen y se encuentra reconocida por la Corte⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Cfr. CSJN, *Causa seguida al Coronel Mariano Espina*, Fallos 54:594, 1893 y del mismo tribunal, *Videla, Jorge Rafael s/ excepción de incompetencia promovida por el procesado en la causa N.º 4852*, Fallos 310:761, 1987, entre otros.

⁴⁶⁰ Por ejemplo, como lo ha reconocido la jurisprudencia, el lugar social que ocupa un capitán de navío en condición de retirado, podrá analogarse, pero no identificarse con el de otro jubilado de la Administración Pública. Mientras el capitán se encontrará sujeto a posibles convocatorias para la defensa de la Nación, el empleado en condición de retiro de la Administración Pública en principio, ya no se encontrará vinculado con aquella luego del cese de funciones. Cfr. CSJN, *Teniente Coronel de Hernández, Ángel*, Fallos 149:175, 1927.

⁴⁶¹ Cfr. CSJN, *Gabrielli, Mario Carlos c/ Estado Nacional s/ Contencioso administrativo*, Fallos 319:1165, 1996. Allí mencionó la Corte en materia de autorización previa para contraer matrimonio que “el ingreso del actor en las fuerzas armadas comportó la voluntaria sujeción al régimen jurídico propio del estado castrense, con la aceptación necesaria de las leyes y reglamentos que lo conforman”. Asimismo, sostuvo que “esas restricciones en el ejercicio de derechos personalísimos hallan su justificativo en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas y son admisibles constitucionalmente por cuanto no impiden al integrante de las fuerzas armadas el contraer matrimonio o elegir libremente su cónyuge sino que imponen la obligación de requerir autorización previa a sus superiores...” El máximo tribunal nacional ha afirmado que la fuerza policial no tiene derecho a sindicalizarse. CSJN, *Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de asociaciones sindicales*, Fallos 340:437, 2017. En este mismo sentido, el artículo 8.12 del PIDESC habilita restricciones especiales para miembros de las fuerzas armadas, la policía o la administración del Estado. De modo similar, cfr. artículo 28º de la Constitución española.

iii. LOS BIENES CUYA AFECTACIÓN SÓLO PRODUCE EFECTOS *AD INTRA*

En otras ocasiones, el legislador ha dejado al libre arbitrio del cuerpo el control y regulación de aquellos bienes que sólo sufren afectación en su seno. Por ejemplo, para la elaboración del Código Civil, VÉLEZ SANSFIELD utilizó la técnica de reenvío a las normas correspondientes al ordenamiento y jurisdicción de las materias estrictamente eclesiásticas. Por ejemplo, las normas del Código Canónico resultaban aplicables en cuanto al fondo⁴⁶² y a la jurisdicción⁴⁶³ en las cuestiones relacionadas con el matrimonio celebrado entre dos católicos. Este sistema se mantuvo vigente hasta el dictado de la Ley de matrimonio en 1888 cuando el Estado asumió civilmente la institución, con un ordenamiento específico.

A pesar de la innegable diferencia que existe entre el sistema canónico y el civil, ambos conviven autónomamente. Una manifestación de ello es el régimen de disolubilidad vincular en el matrimonio, permitido en el ordenamiento civil y rechazado en el canónico. La Corte ha reconocido que incluso frente a la habilitación civil del divorcio vincular, subsiste de manera autónoma, la indisolubilidad matrimonial en la conciencia del particular. Esto se debe a que la

⁴⁶² Los artículos 164º, 167º, 168º y 362º del CC regulaban el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero, las solemnidades y los grados de parentesco, a partir de las normas de reenvío.

⁴⁶³ Los artículos 182º, 201º, 221º y 225º del CC establecían la competencia del juez eclesiástico en el conocimiento de los impedimentos, nulidades y disoluciones de matrimonios celebrados entre católicos.

eventual disolución que concede la ley civil es la del vínculo matrimonial oportunamente acordado por el Estado, pero no la del vínculo religioso establecido por la Iglesia, que claramente perdura según las normas del derecho canónico y a través de la conciencia y fe de cada contrayente.⁴⁶⁴

En otro ámbito, a la hora de evaluar la normativa aplicable para resolver un caso de plagio, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul acudió a las normas de estilo propias de la universidad que

aunque no tienen valor normativo y coercitivo, pueden tener un alcance orientativo o indicativo que sirva para ser utilizado como parámetro complementario⁴⁶⁵,

dejando librado al criterio académico de la universidad la modalidad de rectificación y aclaración⁴⁶⁶.

Finalmente, en el orden castrense, la Corte Interamericana de Derechos Humanos continúa reconociendo la validez del fuero

⁴⁶⁴ CSJN, *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ Información sumaria – sumarísimo*, Fallos 321:92, 1998, del voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez.

⁴⁶⁵ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL, *Pastor Nancy Susana c/ Diario María Cecilia s/ Daños y perjuicios*, 2019.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, “[f]inalmente, corresponde confirmar la sentencia en lo relativo a los daños [...], la modalidad de rectificación o aclaración de los párrafos copiados de ambas publicaciones, libradas al criterio académico de la Universidad Nacional del Centro y de la revista RAES...”

militar para las faltas o delitos que por su naturaleza afectan bienes jurídicos propios de ese orden⁴⁶⁷.

De lo hasta aquí mencionado, el contenido esencial de las materias autorreguladas, lo encontramos en el conjunto de normas emitidas por las autoridades institucionales que contemplan:

1. los aspectos técnicos especiales que integran la decisión de los miembros del cuerpo,
2. los elementos directamente relacionados con la misión particular, características y los fines de la institución,
3. los bienes jurídicos —exclusivos o no— cuya afectación impacta sólo en los propios de la institución y
4. los valores cuya inobservancia puedan afectar la existencia de la institución.

c. EFICIENCIA DEL CONTROL INTERNO

Las particularidades de la materia esencial y la condición de los miembros de un cuerpo originan diferencias sustanciales y procesales, de conocimiento imprescindible para el correcto funcionamiento de la institución.

En el caso de las fuerzas armadas, parece razonable que el legislador haya atendido las características de la institución y del procedimiento militar a la hora de regularlo. Incluso, luego de la

⁴⁶⁷ CIDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006, apartado 131; *Palamara Iribarne vs. Chile*, 2005, apartado 124; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 2005, apartado 202; *19 Comerciantes vs. Colombia*, 2004, apartado 165; *Las Palmeras v. Colombia*, 2001, apartado 51; entre otros.

derogación del Código de Justicia Militar⁴⁶⁸, por el principio de eficiencia del servicio⁴⁶⁹, se siguió reconociendo la necesidad de un abordaje independiente de algunas causas militares.

Llegados a este punto nos preguntamos: ¿quién estará en mejores condiciones de juzgar si se ha menoscabado el orden y la disciplina militar? Más aún: ¿quién se encuentra capacitado para juzgar, con un conocimiento especializado, la conveniencia de una decisión estratégica?, ¿quién se halla investido para resolver las materias que son *esencialmente militares*?

Ha sido dicho oportunamente que quienes se encuentran en mejores condiciones de conocer por propia experiencia lo vinculado a esos valores, encarnarlos y ejercerlos son los miembros del cuerpo militar⁴⁷⁰. Esta visión sobre el control de la actividad castrense se justifica en la necesidad y eficacia del mando militar para cumplir acabadamente las misiones que la Nación le encomienda. Por supuesto, ello sin excederse de la materia estrictamente castrense.

En materia eclesiástica, en los debates de la Asamblea de Santa Fe de 1853, el convencional SEGUÍ sostuvo que el dogma de toda religión no era materia de ninguna legislación humana, y sería ridícula una ley que lo abordara, porque estaría destinada desde su origen a

⁴⁶⁸ Cfr. artículos 1º y 2º del Anexo IV de la Ley 26.394.

⁴⁶⁹ Cfr. CSJN, *Teniente Quiroga, Pedro A.*, Fallos 101:354, 1905. Asimismo, cfr. artículo 2º inciso 2º del Anexo II de la Ley 26.394.

⁴⁷⁰ Cfr. CSJN, *López, Ramon Ángel s/ Recurso del artículo 445º bis del Código de Justicia Militar - Causa 2845*, Fallos 330:399, 2007.

no cumplirse⁴⁷¹. Siguiendo este razonamiento: ¿quién se encuentra en condiciones de determinar la validez y la licitud en la celebración de un sacramento?, ¿quién tiene competencia para controlar la disciplina de los clérigos en materias de culto?

Este poder disciplinario sobre los miembros de un determinado grupo social es un aspecto importante de la autorregulación. La Corte ha reconocido que las sanciones que impone la Iglesia en su ámbito de competencia resultan una cuestión no justiciable para el juez de las sociedades modernas⁴⁷² y constituye una decisión privativa de la jurisdicción especial⁴⁷³. Más aún, el conocimiento de las causas esencialmente eclesiásticas por jueces seculares sólo puede reconocerse de conformidad al ordenamiento canónico, al que reenvía el Derecho civil⁴⁷⁴.

En materia de deporte, como consecuencia de su autonomía y de los distintos ordenamientos privados⁴⁷⁵, se ha ido configurando

⁴⁷¹ RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras UBA, Buenos Aires, 1937, Tomo IV (1827-1862), pp. 490-491.

⁴⁷² CSJN, *Rybar, Antonio c/ García, Rómulo y/u Obispado de Mar del Plata y/o quien corresponda s/ juicio sumarísimo* (art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), Fallos 315:1294, 1992, del voto de los Dres. Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Julio S. Nazareno.

⁴⁷³ *Ibidem*.

⁴⁷⁴ Cfr. CSJN, *Lastra, Juan c/ Obispado de Venado Tuerto*, Fallos 314:1324, 1991.

⁴⁷⁵ Cfr. artículo 5º inc. j) del Estatuto de la Asociación del Fútbol Argentino. Resulta una obligación de los clubes, "renunciar a plantear ante los Tribunales de Justicia,

una justicia que algunos autores denominan “deportiva”⁴⁷⁶. Esta nueva jurisdicción, que surge para ejercer una disciplina eficiente en casos esencialmente deportivos, cuenta con caracteres propios de organización y procedimiento. No desconocemos las objeciones que podrían presentarse sobre la existencia de este fuero especial que parecería sustraer del conocimiento de los magistrados ordinarios, las causas deportivas. A este respecto, BARBIERI sostiene que aquello no es más que un mito⁴⁷⁷, pues la materia sometida a juicio difiere en cuanto su naturaleza a la civil, lo cual las convierte en competencias distintas⁴⁷⁸. Por ejemplo, el juez civil nada tiene para decir sobre los criterios con los que se juzgó una infracción en el campo de juego,

a menos que se fije en la reglamentación en FIFA, los litigios que pudieran tener con la AFA, con otras asociaciones nacionales o clubes de éstas, comprometiéndose a someter toda diferencia ante a los Órganos jurisdiccionales de la AFA, de la CSF o de la FIFA”.

⁴⁷⁶ Se ha dicho que “la justicia deportiva, encierra en sí misma, la voluntad de dar a cada quien su derecho ante una controversia o conflicto de intereses jurídicamente tutelados en el ámbito deportivo”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, David y MONTENEGRO GONZÁLEZ, Sandra, *Justicia Deportiva*, Porrúa, México, 2010, p. 28.

⁴⁷⁷ BARBIERI, Pablo Carlos, “Mitos y verdades sobre la llamada «justicia deportiva»”, *Sistema Argentino de Información Jurídica* (2015), cita online DACF150856.

⁴⁷⁸ Ibid. Afirma el autor: “Así veremos litigios en el que los clubes estén involucrados, como por ejemplo, los daños y perjuicios entre deportistas y hacia espectadores de un evento; cuestiones referidas a relaciones de carácter laboral; cobro de obligaciones en los clubes son deudores o acreedores; tratamiento de los procesos concursales en las que las entidades deportivas sean deudoras, etcétera. Y, más aún, se ventilan en la justicia «ordinaria» conflictos que han tenido algún tipo de incremento en los últimos años, derivados de las relaciones jurídicas que unen a los deportistas y/o clubes con agentes o representantes, sobre todo respecto al derecho a la percepción de las remuneraciones de éstos”.

pues esa materia resulta esencialmente deportiva. Con oportunidad de tratar este tema, el autor ha mencionado que todas las cuestiones reguladas reglamentariamente se ventilan ante la justicia deportiva, con procedimientos específicos, como una derivación de la autonomía de la práctica deportiva⁴⁷⁹. Asimismo, en el caso *White Pueyrredón* la Corte sostuvo que los jueces no deben inmiscuirse en el análisis del mérito o la conveniencia de una sanción disciplinaria impuesta por una asociación deportiva, a menos que se acreditara ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, ya que el poder disciplinario es una materia privativa y excluyente de la entidad⁴⁸⁰.

Como puede advertirse en todos los casos que mencionamos (eclesiástico, universitario, deportivo o castrense) la finalidad de un ámbito especializado para resolver controversias no responde a una concesión de privilegio sino a razones de orden funcional y de eficiencia pues, para abordar casos complejos, requieren de un conocimiento que excede al ordinario.

d. NORMAS DE PRODUCCIÓN NO ESTATAL EN EL ÁMBITO PÚBLICO

Como hemos dicho, la remisión del Estado a normas emitidas por sociedades privadas expresa el reconocimiento que en los

⁴⁷⁹ Cfr. BARBIERI, Pablo Carlos, "Derecho deportivo. Tribunales disciplinarios. Justicia deportiva. Puntos de partida", *Revista Microjuris* (2017), cita online MJD10626, disponible en internet el 28 de octubre de 2022 en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/03/14/derecho-deportivo-tribunales-disciplinarios-justicia-deportiva-puntos-de-partida/>.

⁴⁸⁰ CSJN, *White Pueyrredón, Marcelo Carlos c/ Jockey Club Argentino*, Fallos 323:1042, 2000, del dictamen del Procurador que la Corte hace propio.

últimos años ha recibido. Además de los supuestos comentados — las universidades, la Iglesia, las fuerzas armadas, el *compliance* y el deporte— queremos destacar un fenómeno singular que se suscita con las normas de calidad. A diferencia de ellos, estas normas son ámbitos de juridicidad no estatal, que las autoridades públicas adoptan para mejorar los estándares de calidad del Estado.

Las conocidas normas ISO son emitidas por la Organización Internacional de Estandarización (organismo no gubernamental). Desde sus comienzos, estas normas han tenido un fuerte impacto en el sector privado y en los últimos años la injerencia en el sector público es cada vez más notable. Últimamente, han sido reconocidas por el Estado para algunas funciones, a fin de adecuar su actuación a estándares de calidad interna o regular debidamente la actividad de privados.

Existen varios ejemplos de órganos estatales (nacionales y provinciales) que se acogen a ellas⁴⁸¹. De hecho, la implementación

⁴⁸¹ Por ejemplo, a través del Decreto provincial 1260/07, las autoridades de Mendoza se sometieron al control de las normas ISO 9001 para certificar los sistemas contables de la provincia. En Salta, el Decreto provincial 3767/11, hizo lo propio con la liquidación de haberes. En la provincia de San Luis, la Ley IV-0086-2021 estableció que entre las funciones que posee la Dirección de Recursos Humanos, se encuentra la de hacer el seguimiento de calidad en los términos de la norma ISO 9001 (Cfr. artículo 51º inciso 32º de la Ley IV-0086-2021). En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben acreditarse certificaciones ISO para poder conceder un permiso precario o para ser contratista y proveedor del Estado (Cfr. artículo 16º inciso d) de la Ley 5707/16 CABA y artículo 17º de la Ley 4120/11 CABA respectivamente). En el orden nacional, la SIGEN a través de la Resolución 182/15, sometió a certificación por las normas ISO 9001 a las Unidades de Auditoría Interna. Se estableció que el Banco Nacional de Datos Genéticos debía someterse a una certificación de calidad según las normas ISO

en la Administración de normas dictadas por entidades privadas es una realidad de tal magnitud que algunos autores la observan con preocupación⁴⁸².

En el orden regional, los grupos de trabajo del Mercosur han reconocido el impacto que poseen las normas internacionales ISO 14000 en la actividad del Estado. La Declaración de Taranco es uno de sus mayores hitos, pues refleja el compromiso político sobre materia de medio ambiente y la importancia de la implementación de estas normas. Por esta confiabilidad parte de la doctrina ha abogado por la conveniencia de incorporar la implementación de normas de esta naturaleza como requisitos para la contratación pública⁴⁸³.

Como puede verse, en el Estado de Derecho Constitucional, las autoridades se nutren continuamente de normas de producción no estatal. Por un lado, porque reconocen ámbitos sometidos a una

(Cfr. artículo 13º del Decreto 38/13) utilizando la norma ISO 15535:2012 como base para estudios antropométricos llevados a cabo por el Estado (Cfr. artículo 4º del Decreto 375/21). Por último, la Ley de Firma Digital, sin definir un estándar de seguridad informática, dejó librado a la autoridad de control su determinación. Al no haberse expedido aún la autoridad de control, continúan vigentes los estándares tecnológicos provisorios que estableció el Decreto 2628/02, los cuales remiten directamente a la norma ISO 7816 entre otras.

⁴⁸² GUSTAVO COSTA, Mario, "Las penas del ambiente. ¿Residuos o emisiones?", *Revista de Derecho Ambiental* 35 (2013), p. 129, cita online TR LA LEY AR/DOC/6164/2013. En este artículo, el autor habla de una "privatización de las regulaciones administrativas ambientales" fundado en la carencia de medios técnicos y humanos suficientes, así como por la volatilidad de la información.

⁴⁸³ Cfr. TOGNOLA, Nancy, "Hacia una tutela uniforme, moderna, eficaz e innovadora de las áreas naturales protegidas en la Argentina", *Revista de Derecho Ambiental* 31 (2012), pp. 123-142.

juridicidad autónoma y permiten una regulación independiente. Por el otro, porque el mismo Estado adopta para sí estas fuentes de producción no estatal para llevar a cabo con eficiencia sus cometidos.

e. SÍNTESIS PRELIMINAR

A modo de síntesis, de los casos que hemos analizado precedentemente extraemos algunos elementos que justifican su tratamiento autorregulado:

En primer lugar y con relación a la naturaleza de la actividad: en estas materias la esencia de la actividad tiene gran relevancia por su especialidad. Todas ellas muestran una complejidad que excede al saber intuitivo y requieren de un conocimiento superior al común para abordarlas de manera efectiva.

En segundo lugar y con relación al profesionalismo y autonomía: en los ámbitos analizados, aparece una dificultad objetiva de parte de los órganos estatales de conocer el contenido esencial de cada materia con certeza, por resultar ajenas a su *expertise*. Asimismo, aparecen razones de eficiencia de servicio y profesionalismo que son reconocidos por el Estado a la hora de regular la actividad.

En tercer lugar y con relación a la no afectación de los bienes propios de la institución y preservación de su existencia: se advierte en los ámbitos expuestos la existencia de bienes que, sin ser privativos de ellos, revisten singulares características. Por citar algunos: el orden y la disciplina en el régimen castrense, la honestidad intelectual y libertad académica en los universitarios, la piedad de los clérigos para la dirección moral y espiritual de la comunidad, entre otros. Estos valores resultan vitales para llevar a cabo la misión de la institución y preservarla.

Por las particularidades de las materias, se hace necesario garantizar a estas instituciones una libertad que les permita actuar de acuerdo a estos valores, dentro del ámbito de sus competencias. De estas consideraciones se luce que la autoorganización, con la correspondiente facultad de normación y disciplina, es una medida conveniente a la hora de regularlas. No obstante, nada impide el reconocimiento de una instancia final, de revisión excepcional y deferente en los casos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Desde antaño, en el caso de las profesiones liberales, esta función de autonormación y disciplina ha sido ejercida por los Colegios Profesionales. Veremos a continuación las características y funciones más relevantes de estos entes, para luego revisar el caso de la medicina y proyectar los elementos que acabamos de esbozar sintéticamente.

3. EL CASO DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

a. LA NATURALEZA PÚBLICA NO ESTATAL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Es doctrina pacífica que el Colegio Profesional reviste la calidad de “entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado...”⁴⁸⁴. Esta institución tiene

⁴⁸⁴ CSJN, *Ferrari, Alejandro Melitón c/ Estado Nacional (PEN) s/ Amparo*, Fallos 308:987, 1985.

encomendado un fin de interés público, es decir, una función materialmente administrativa que surge por una transferencia legislativa.

Por el esquema federal argentino, el poder de policía profesional es una facultad retenida por las provincias al Estado Nacional, más allá de la debida coordinación que debe existir, siempre que los intereses generales lo requieran. Atento a su naturaleza, la organización de los colegios profesionales se encuentra eminentemente en la legislación local⁴⁸⁵.

Como es evidente, el ejercicio de la policía profesional podría haber sido regulado de otra forma. No obstante, siguiendo la tradición europea, las provincias han favorecido una organización natural, integrada por los miembros de cada profesión con facultades de disciplina y contralor⁴⁸⁶. En términos generales, las normas provinciales de creación confirieron a los Colegios el carácter de persona jurídica de Derecho Público, bajo distintas denominaciones⁴⁸⁷. Más

⁴⁸⁵ Cfr. Decreto Ley 327/63 (Salta), Ley 2147 (Jujuy), Ley 4853 (Córdoba), Ley 7674 (La Rioja), Ley 5800 (Entre Ríos), Decreto Ley 5413/58 y Decreto Reglamentario 12145/59 (Buenos Aires), Decreto Ley 4652/91 (Catamarca), Ley X-33 (antes Ley 4569/99 de Chubut), Ley XVII - 1 (Misiones), Ley XIV - 0380 - 2004 (San Luis), Ley 1380 (Santa Cruz), Ley 3950 (Santa Fe), entre otras.

⁴⁸⁶ Cfr. CSJN, *Pravaz, Juan Carlos c/ Instituto Neuropático Clínica de Reposo*, Fallos 289:315, 1974.

⁴⁸⁷ Por ejemplo: Colegio de Médicos en las provincias de Salta, Buenos Aires y Catamarca; Consejo de Médicos en Jujuy, Córdoba, La Rioja, Chubut, San Luis y Santa Cruz; Colegio de Profesionales del Arte de Curar en Santa Fe, Colegio Profesional de Médicos en Entre Ríos y Misiones.

concretamente, han elegido la figura de entes no estatales. A este respecto, SAYAGUÉS LASO decía que existen

personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la Administración Pública, sea porque el legislador las creó con ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal.⁴⁸⁸

Esta figura manifiesta una clara vocación del legislador (o el administrador) de dotar al órgano de autonomía suficiente para llevar a cabo un cometido público con eficiencia⁴⁸⁹. Entre otras ventajas, la autonomía permite descentralizar decisiones operativas complejas. Asimismo, la constitución bajo esta figura resulta una prenda de acierto, pues sus miembros se encuentran en una posición privilegiada para este cometido público, ya que están directamente interesados en conservar el prestigio de la profesión. En cambio, otros modos de control llevarían a aumentar la burocracia pública con peores resultados⁴⁹⁰. Someter a control de los pares los aspectos éticos y técnicos del ejercicio profesional, no solo es plausible sino la

⁴⁸⁸ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1963, Tomo I, p. 173. En este mismo sentido cfr. del mismo autor "Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas", *Revista de Derecho Público y Privado* 8 (1945), pp. 159-188.

⁴⁸⁹ Cfr. artículos 3º de la Ley XVII – 1 de Misiones, 1º de la Ley XIV – 0380 – 1 de San Luis, 3º de la Ley 3950 de Santa Fe, entre muchos otros.

⁴⁹⁰ Cfr. CSJN, *Colegio de Médicos de la Segunda circunscripción (Santa Fe) c/ Sialle, Mario*, Fallos 237:937, 1957.

opción más conveniente⁴⁹¹, incluso cuando la profesión se ejerza de manera individual⁴⁹². En esta línea, PATIÑO RESTREPO advierte las amenazas que implicaría dejar librado a la suerte de las fuerzas del mercado y de la regulación gubernamental, a una empresa de intenso contenido moral, como es la medicina⁴⁹³.

b. LA COLEGIACIÓN UNIVERSAL Y OBLIGATORIA

La existencia de algunas sociedades no puede quedar supeditada a la libre disponibilidad de los particulares. Hay asociaciones — como los Colegios Profesionales— cuya existencia es impuesta por el bienestar de la comunidad dentro de la que se constituyen, y no fruto de las buenas disposiciones de sus miembros, o la mera filantropía. La importancia social que reviste la actividad médica ha sido recogida no solo por el conocimiento vulgar sino también por las distintas normas jurídicas⁴⁹⁴.

La colegiación universal y obligatoria, concretada en la matriculación, tuvo recepción jurisprudencial desde los mismos orígenes

⁴⁹¹ Cfr. CSJN, *Chamillard Pin, Hermilda Elida s/ Casación*, Fallos 233:205, 1955.

⁴⁹² Cfr. CSJN, *Risueño Ferraro, Manuel María*, Fallos 219:254, 1951.

⁴⁹³ Cfr. PATIÑO RESTREPO, José Félix, "El profesionalismo...", p. 146-152.

⁴⁹⁴ Cfr. artículos 19º inciso g) de la Ley 4853 de Córdoba, 3º y 9º inciso j) de la Ley 7674 de La Rioja, 1º de la Ley 3818 de Entre Ríos (el cual califica a la medicina como profesión de interés social), entre otros.

de la Corte⁴⁹⁵. Podemos sostener con el máximo tribunal, que el ingreso obligatorio a instituciones sociales como los colegios profesionales, no menoscaba la libertad de ejercicio ni de asociación, pues hay razones de orden público y Bien Común que justifican su existencia. La misma Corte ha reconocido que la delegación del control del ejercicio profesional, a través de un adecuado sistema de disciplina, es indispensable para asegurar un sano orden social⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ CSJN, *Angulo y García, Miguel Ángel, Tte. Coronel Díaz, Marcelino, Lastra, Adolfo c/ Castro, José, Esquien, José c/ Roses, Celia*, Fallos 65:58, 1896. Esta tradición se mantuvo invariable hasta el fallo *Sogga* cuando la Corte se opuso a la colegiación profesional obligatoria. Entre los argumentos esbozados por la mayoría se encontraba la afectación del derecho a asociarse con fines útiles. Cfr. CSJN, *Sogga, Constantino y otros c/ Gobierno Nacional*, Fallos 203:100, 1945. Posteriormente, en 1957 el máximo tribunal se expidió en la causa *Colegio de Médicos c/ Sialle* en donde reconoció la facultad de las provincias a ejercer el poder de policía a través de los colegios profesionales en razón de la especialidad. En este caso, la Corte distinguió entre las instituciones de carácter público y privado identificando a los colegios profesionales con las primeras. Cfr. CSJN, *Colegio de Médicos de la Segunda circunscripción (Santa Fe) c/ Sialle, Mario*, Fallos 237:937, 1957. Con posterioridad, en 1985, a partir del dictado de la Ley 23.187 que establecía la colegiación obligatoria de abogados de la Capital Federal, la Corte trató el caso *Ferrari*. Con este último fallo se confirma la constitucionalidad de la colegiación obligatoria por el carácter de institución de Derecho Público del Colegio y la facultad indelegable del Estado de ejercer el poder de policía profesional. Cfr. CSJN, *Ferrari, Alejandro Melitón c/ Estado Nacional (PEN) s/ Amparo*, Fallos 308:987, 1985. Vale aquí comentar que cuando la Corte habla de originalidad, no está haciendo mención del origen histórico remoto de la policía profesional, sino más bien, de la relación inmediata que vincula al Colegio con el Estado. Por ello consideramos que no hay contradicción con los sostenido al comienzo del capítulo sobre el origen histórico del poder de policía profesional. Antes al contrario, es un reconocimiento más de la necesidad de devolver a los órganos naturales, la función asumida por el Estado Moderno.

⁴⁹⁶ Cfr. CSJN, *Sogga, Constantino y otros c/ Gobierno Nacional*, Fallos 203:100, 1945, del voto en disidencia de los ministros Casares y Sagarna.

C. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA DEL COLEGIO PROFESIONAL

Diversas normas de derecho local y comparado han consolidado en sus textos fundamentales una garantía específica para preservar la imagen de instituciones indispensables para el funcionamiento del Estado de Derecho.

En la Constitución Nacional encontramos garantías con relación a los partidos políticos⁴⁹⁷, las universidades⁴⁹⁸, los gremios y sindicatos⁴⁹⁹, los municipios⁵⁰⁰, el equilibrio de los poderes constituidos⁵⁰¹, entre otras. Las constituciones locales, con una técnica legislativa más acertada que la nacional, han protegido de las injerencias externas a los colegios y consejos profesionales, así como a las instituciones intermedias creadas con esta finalidad⁵⁰². Así, el

⁴⁹⁷ Cfr. artículos 38º de la CN y 6º de la Constitución española.

⁴⁹⁸ Cfr. artículo 75º inciso 19º de la CN.

⁴⁹⁹ Cfr. artículos 14º *bis* último párrafo de la CN y 28º de la Constitución española.

⁵⁰⁰ Cfr. artículo 123º de la CN.

⁵⁰¹ Cfr. artículos 85º tercer párrafo, 86º primer párrafo o 120º *in fine* de la CN, entre otros.

⁵⁰² Cfr. artículos 41º de la Constitución de Buenos Aires, 37º de la Constitución de Córdoba, 58º inciso 4º de Catamarca, 38º de Chubut, 77º de Entre Ríos, 37º de Formosa, 7º inciso 3º de Jujuy, 40º inciso 10º de Tucumán, 136º inciso 23º de Santiago del Estero, entre otras. De igual manera, en España, el artículo 36º de la Constitución confirma la figura de los Colegios Profesionales como entidad de singular relevancia en el Estado de Derecho Constitucional. En efecto: "La ley

constituyente ha buscado defender a los colegios de una potencial desnaturalización del legislador. Estas garantías, que la doctrina y la jurisprudencia⁵⁰³ han calificado como institucionales, redundan en una protección, que la Constitución otorga a determinados ámbitos objetivos de la realidad, asegurando un reducto indisponible para el legislador.

d. LA COMPETENCIA FUNCIONAL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Dentro del elenco de obligaciones que se encomiendan a estos entes, encontramos:

regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

⁵⁰³ “Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en estas la configuración constitucional concreta se difiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una sola vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar”. STC 32/1981 de 28 de julio. Con respecto a la garantía institucional de los colegios profesionales, cfr. STC 179/1994 de 16 de junio.

1. el gobierno de la matrícula de sus afiliados⁵⁰⁴,
2. el aseguramiento del correcto y libre ejercicio de la profesión⁵⁰⁵,
3. la promoción y defensa de sus asociados,
4. el dictado y supervisión del fiel cumplimiento de las normas deontológicas (de carácter exclusivo)⁵⁰⁶ y
5. el ejercicio del poder disciplinario.⁵⁰⁷

Desde la perspectiva de la actividad legisferante del Colegio, sus funciones pueden resumirse en dictar normas de prohibición y de orientación con el objeto de:

1. fijar criterios funcionales científicos,

⁵⁰⁴ Cfr. artículos 5º inciso 1º y 36º del Decreto Ley 5413/58 de Buenos Aires, 37º del Decreto Ley 327/63 de Salta, 4º de la Ley 4177 de Jujuy, 19º inciso h) de la Ley 4853 de Córdoba, 35º de la Ley 7674 de La Rioja, 2º inciso a) y 4º del Decreto Ley 4652/91 de Catamarca, 36º de la Ley X-33 (antes Ley 4569/99 de Chubut), 9º de la Ley XVII – 1 de Misiones, 23º de la Ley XIV – 0380 – 1 de San Luis, 12º de Ley 3950 de Santa Fe, entre muchos otros.

⁵⁰⁵ Cfr. artículos 6º, 8º y 141º del CE de Jujuy (aprobado por Decreto 8984/65), 29º y 31º inciso a) de la Ley 4177 de la misma provincia, 42º del CE del Consejo de Médicos de Córdoba, 4º, 6º y 16º de la Ley 4931 de Santa Cruz, artículos 111º, 112º, 153º, 161º, 164º y siguientes del CE médica de Misiones, entre muchos otros.

⁵⁰⁶ Cfr. artículos 4º inciso 26º de la Ley 1380 de Santa Cruz, 9º inciso d) de la Ley XIV – 0380 – 2004 de San Luis, entre otros.

⁵⁰⁷ Cfr. artículos 7º y 14º del Decreto Ley 327/63 de Salta, 23º y siguientes de la Ley 4177 de Jujuy, 20º de la Ley 4853 de Córdoba, 3º inciso f) de la Ley 7674 de La Rioja, 5º inciso 8) de Decreto Ley bonaerense 5413/58, 4º inciso 6º de la Ley X-33 (antes Ley 4569/99 de Chubut), 15º de la Ley XVII – 1 de Misiones, 39º de la Ley 1380 de Santa Cruz, 18º y 20º de la Ley 39950 de Santa Fe, entre otros.

2. establecer estándares deontológicos y
3. ejercer el poder disciplinario en caso de incumplimiento de las normas de ética.

De este trinomio, se sigue que el Colegio protege la libertad de actuación profesional en una doble vertiente. Por un lado, evita la injerencia indiscriminada de elementos exógenos que perjudiquen su ejercicio, a través del apoyo moral y asesoramiento a sus miembros cuando vean atacado su ejercicio. Por el otro, vela por la idoneidad de los colegiados fijando criterios éticos y técnicos, vetando a sus afiliados, en caso de inhabilidad moral o científica.

e. EL AUTOGOBIERNO Y LA DISCIPLINA ENTRE PARES

El autogobierno y poder disciplinario autónomo, son una manifestación del régimen autorregulado del que gozan los Colegios. El ordenamiento ha previsto que quienes los dirijan sean sus propios miembros, investidos con funciones de gobierno específicas. Para el desempeño de estas tareas, además de la inscripción en la matrícula, se exige el recaudo de antigüedad en el ejercicio profesional⁵⁰⁸ y ser elegidos por el voto de los colegas⁵⁰⁹. De ordinario, la legislación ha

⁵⁰⁸ Cfr. artículos 5º y 20º del Decreto Ley 327/63 de Salta, 6º a 9º y 24º de la Ley 4177 de Jujuy, 5º último párrafo, 7º y 11º de la Ley 4853 de Córdoba, 7º, 13º, 15º y 19º de la Ley 7674 de La Rioja, 6º, 20º y 24º de la Ley 4569/99 de Chubut, 4º y 5º de la Ley XVII – 0380 – 2004 de San Luis, 5º y siguientes de la Ley 1380 de Santa Cruz, entre muchas otras.

⁵⁰⁹ Cfr. artículo 18º del Decreto Ley 327/63 de Salta, 25º y siguientes de la Ley X-33 (antes Ley 4569/99 de Chubut), entre otras muchas.

dejado librado a regulación interna el modo de llevar a cabo las elecciones⁵¹⁰, lo cual es una manifestación más de su autogobierno.

En relación con el poder disciplinario, la jurisprudencia⁵¹¹ lo ha reconocido con un alcance limitado, pues se encuentra acotado en razón del sujeto y del objeto. La competencia de estos órganos se activa solamente cuando el profesional incurre en una ofensa a la ética o al correcto uso de la ciencia.

f. LA COMPETENCIA MATERIAL DEL COLEGIO PROFESIONAL

El modo ordinario de intervención del Colegio es a través de recomendaciones de contenido técnico funcional y ético, siendo toda materia ajena a ella, extraña a su competencia. Algunos códigos deontológicos acentúan especialmente este punto y prohíben a los profesionales inmiscuirse en cuestiones de índole política, religiosa,

⁵¹⁰ Cfr. artículo 20º de la Ley 1380 de Santa Cruz, 17º de la Ley 4177 de Jujuy, 9º de la Ley 4853 de Córdoba, 17º de la Ley 7674 de Chubut y el capítulo VI de la Ley X-33 de Chubut, entre otras.

⁵¹¹ Cfr. CSJN, *Chamillard Pin, Hermilda Elida s/ Casación*, Fallos 233:205, 1955, *Nación Argentina (D.G.I.) c/ Norberto Néstor Garbus*, Fallos 308:179, 1986; *Beveraggi de la Rúa y otros c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)*, Fallos 310:418, 1987; *Denuncia formulada por los colegiados Dres. I.F. Loza y E.V. Delporte contra los Dres. R. Makianich y J.F. Peire (Expte. N.º 669 T. D.) s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad*, Fallos 312:2494, 1989; *Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Martínez Echenique, Benjamín s/ Cobro de sumas de dinero sumario*, Fallos 315:1830, 1992; *Baca Castex, Raúl Alejo c/ C.P.A.C.F.*, Fallos 323:1374, 2000; *Díaz, Hugo Leonardo c/ Colegio de Fonoaudiólogos de la Provincia de San Juan*, Fallos 324:3833, 2001; *Dellagiovanna, Jorge Alberto s/ Recurso ley 9671 - Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires*, Fallos 327:2151, 2004; entre otros.

partidaria o de una naturaleza semejante, en el marco de la relación médico-paciente.

En este sentido, el colegio resulta competente en materia esencialmente médica, es decir, aquella que versa sobre el desempeño ético, científico y técnico de la profesión. Estas cuestiones son volcadas en los Códigos de Ética, los cuales configuran cuerpos normativos que contienen

públicamente declarada ante la sociedad, la ética de la profesión médica, los compromisos morales que los médicos tienen anudados con sus pacientes, los principios que regulan las relaciones de los médicos entre sí y con los otros profesionales de la salud, y sus responsabilidades ante la comunidad social.⁵¹²

El valor que poseen estos códigos no solo viene dado por su reconocimiento jurisprudencial o normativo expreso, sino principalmente por su contenido y las obligaciones impuestas en procura de la calidad de la atención médica. En palabras de HERRANZ⁵¹³,

[l]os Códigos deontológicos no nacen de la elucubración filosófico-moral. No los ha producido un teórico que, sentado en su gabinete, quisiera regular la práctica ideal de la Medicina. En su génesis y en su historia posterior, el Código es como la esencia, lentamente destilada, de la experiencia, de la

⁵¹² HERRANZ, Gonzalo, "El código de ética...", p. 328.

⁵¹³ Ibid., p. 329.

sabiduría moral de los médicos, que se concreta en unas reglas de juego que se han dado a sí mismos.

Por otra parte,

a pesar de ser morales, tienen plena eficacia jurídica, porque es la propia ley la que reenvía directamente a las mismas para fijar el contenido de los derechos, deberes y responsabilidades del profesional sanitario.⁵¹⁴

Estos Códigos resultan connaturales con el Estado de Derecho Constitucional. Como hemos dicho al principio de este capítulo, la pluralidad de fuentes y la apertura a otras instancias normativas son características propias de este modelo de Estado. Así, en la formulación del Derecho confluye la ley formal junto con la producción normativa de los cuerpos intermedios y otros actores que participan en la comunidad política. Gracias a esta dinámica, la *auctoritas*, que naturalmente ejerce el concierto de médicos sobre sus pares, se ve refrendada por la *potestas* que otorga el ordenamiento.

En el ámbito internacional, los códigos deontológicos son promovidos por los distintos organismos internacionales. Por ejemplo, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, indicó en su considerando 114 que

[l]os Estados miembros deben fomentar la elaboración de códigos de conducta, en particular por parte de los colegios, las asociaciones y los organismos profesionales a nivel comunitario. Estos códigos de conducta deben incluir, teniendo en

⁵¹⁴ BONILLA SÁNCHEZ, Juan José..., p. 985.

cuenta la naturaleza específica de cada profesión (...) normas de deontología y conducta profesional de dichas profesiones, con vistas a garantizar, en particular, la independencia, la imparcialidad y el secreto profesional.

Acerca de este tema han tenido oportunidad de expedirse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵¹⁵ y el Tribunal Constitucional español⁵¹⁶, refrendando el valor normativo de los Códigos de Ética. En el orden nacional, la jurisprudencia es conteste a valorizar los códigos emitidos por los Colegios como norma jurídica⁵¹⁷.

⁵¹⁵ En el caso *Barthold* el Tribunal indicó que pese a que un precepto del Código Deontológico “emana del Colegio de Veterinarios y no directamente del Parlamento; sin embargo, debe considerarse como una «ley» en el sentido del artículo 10.2 del Convenio (Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950). La competencia del Colegio en el ámbito de la deontología deriva del poder normativo autónomo del que la profesión veterinaria –como otras profesiones liberales- goza tradicionalmente en la República Federal de Alemania por delegación del legislador. El Colegio ejerce, por otra parte, esta competencia bajo el control del Estado, que se asegura en particular del respeto a las leyes, y debe someter las reglas de deontología al Gobierno del Land para su aprobación”. Cfr. TEDH, *Barthold v. Alemania*, 1985, apartado 46.

⁵¹⁶ Cfr. STC, sentencia 219 del 21 de diciembre de 1989.

⁵¹⁷ Cfr. CSJN, *Medilewski, Jacobo Rubén c/ Szarfman, Isaac*, Fallos 310:1536, 1987 y *Amante, Leonor y otros c/ Asociación Mutual Transporte Automotor (AMTA) y otro*, Fallos 312:1953, 1989; entre muchos. Son especialmente claras las palabras del Tribunal en este último fallo: “No cabe restringir el alcance de los ordenamientos particulares que atañen a los profesionales del arte de curar, ni privarlos de toda relevancia jurídica, sino que se impone garantizarles un respeto sustancial para evitar la deshumanización en el arte de curar, particularmente cuando de la confrontación, de los hechos y de la exigencia de conducta profesional así reglada podría eventualmente surgir un juicio de reproche con entidad para comprometer la responsabilidad de los interesados”. Asimismo, la

4. LA PROFESIÓN MÉDICA COMO ÁMBITO AUTORREGULADO

Luego de analizar los casos históricos, las nuevas manifestaciones de autorregulación y el supuesto específico de los Colegios Profesionales, intentaremos proyectar estas categorías al fenómeno médico y revisar si reúne las características antes mencionadas.

A estos efectos, traemos a colación los elementos que hemos repasado en los primeros puntos de este capítulo⁵¹⁸. Recordamos que los caracteres que aparecen en los ámbitos históricos y más recientes son:

1. la naturaleza de la actividad,
2. el profesionalismo y la autonomía y
3. los bienes propios de la institución.

Proyectaremos a continuación, estos elementos al caso de la profesión médica.

CÁMARA SEGUNDA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, SALA PRIMERA sostuvo que “[e]l médico frente a la sociedad debe cumplir con deberes y obligaciones que son consecuencia de su militancia profesional; esos deberes impuestos por normas éticas, como doctrina de las costumbres, constituyen un conjunto de reglas de conducta que se tienen por incondicionalmente válidas en una época y en un determinado grupo profesional. Con ese sentido, el juramento hipocrático impone al médico el deber de velar por el prestigio de la profesión y de abstenerse de actos que vayan en su desmedro”. Cfr. CÁMARA SEGUNDA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL SALA PRIMERA DE LA PLATA, Sala I, *Quiroga, Pedro c/ AMA*, La Ley 1963, p. 1016.

⁵¹⁸ Cfr. de este trabajo, VI.2.e.

a. LA COMPLEJIDAD TÉCNICA Y LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

Desde los primeros capítulos de este trabajo hemos dicho que, por su complejidad, la ciencia médica escapa al conocimiento intuitivo⁵¹⁹. Otro motivo de esta complejidad reside en que la regulación además de encontrarse integrada por normas jurídicas, aparecen otras derivadas de la *lex artis*, de orden ético, técnico y práctico⁵²⁰.

La determinación correcta del contenido y ejercicio de estas normas impacta necesariamente en la atención médica, pues incide en el contenido del acto médico y con ello, en el éxito de la relación médico-paciente. Para garantizar la calidad, como se ha visto, es de gran importancia, asegurar la legítima autonomía en materia científica a cada profesional, pues en su ámbito de discrecionalidad médica aquél descubre la terapia más adecuada para cada paciente⁵²¹.

Según PATIÑO RESTREPO, la participación de los médicos en la determinación del contenido de estas normas resulta vital para lograr una atención médica de calidad, pues son ellos quienes poseen

⁵¹⁹ Cfr. de este trabajo, I.2.

⁵²⁰ Dice BONILLA SÁNCHEZ que “[s]i nos detenemos en su análisis, comprobaremos cómo el personal sanitario, además de cuidar la salud del individuo y de la comunidad, respetando la vida humana y la dignidad de la persona, está sujeto a otras cargas de corrección técnica en su actuación y de respeto a las decisiones del paciente. Todo ello evidencia la complejidad de la regulación de la profesión médica, que no sólo se integra por normas jurídicas, sino también por reglas éticas, por técnicas y por prácticas que derivan de la *lex artis* profesional”. Cfr. BONILLA SÁNCHEZ, Juan José..., p. 979.

⁵²¹ Cfr. de este trabajo, III.3.

“la capacidad para definir estándares, fortalecer la educación y ejercer el control por pares”⁵²². Esta realidad, aparece desde los comienzos de la vida universitaria y se prolonga hasta el final de la carrera profesional. Desde la más temprana formación, los médicos se encuentran en búsqueda constante y diálogo permanente por la verdad científica. En las universidades, los profesionales son responsables de determinar los contenidos académicos y de juzgar si el candidato ha adquirido las competencias necesarias para ejercerla a través de las distintas instancias de evaluación. Posteriormente, los colegas garantizan el ingreso a la actividad profesional y resultan la autoridad natural para acreditar la idoneidad o inhabilidad sobreviviente.

Lo mismo sucede en materia disciplinaria: la complejidad técnica, ética y científica que conlleva el ejercicio de la profesión, torna imposible para los legos emitir juicios acerca de la actuación del galeno. ¿Qué persona puede juzgar acertadamente si una estrategia terapéutica ha sido correcta según el estado de la ciencia? Someter la competencia profesional a evaluación de legos, significaría subestimar su complejidad y el análisis de su correcto ejercicio.

De esta manera, en línea con la doctrina de nuestra Corte⁵²³ y del Código de Ética médica⁵²⁴, el Colegio Profesional es la institución que mejor se adecua a la complejidad de la estructura social.

⁵²² PATIÑO RESTREPO, José Félix, “El profesionalismo...”, p. 146.

⁵²³ CSJN, *Ferrari, Alejandro Melitón c/ Estado Nacional (PEN) s/ Amparo*, Fallos 308:987, 1985.

⁵²⁴ Cfr. artículo 263º del CEMES.

b. EL PROFESIONALISMO Y AUTONOMÍA EN MATERIA MÉDICA

El carácter profesional y científico se ha abordado desde el comienzo del presente trabajo⁵²⁵. Como hemos adelantado, esta caracterización impacta directamente en el modo en que se debe regular su ejercicio⁵²⁶. La regulación y control por pares, además de ser fruto de la complejidad material, resulta consecuencia natural de la autonomía profesional. Si el profesional individual goza de una protección especial para mantener independiente su criterio, y brindar una atención de calidad, ¿podremos negar la legítima independencia a aquella institución que los congrega colegialmente? Dicho en otros términos, frente a las injerencias exteriores ¿sería lícito proteger a los profesionales individuales, y rechazar la protección corporativa? Consideramos que no. La autorregulación es una manifestación colectiva, corolario de la autonomía individual que debe ser protegida en igual extensión para garantizar la eficiencia del servicio médico.

Esta doble faceta de autorregulación y autonomía es una nota diferencial de las profesiones. La condición profesional impone un deber calificado de velar individual y colectivamente por la independencia de criterio. A diferencia de los oficios, el médico tiene una obligación moral de disentir con directrices corporativas o gubernamentales que pongan en jaque la atención médica de buena calidad.

⁵²⁵ Cfr. De este trabajo, I.3 y I.4.

⁵²⁶ Cfr. De este trabajo, segundo párrafo de I.3.

Como afirma WYNIA, en este punto radica la diferencia entre el verdadero profesional y el simple doctor al servicio de una compañía⁵²⁷.

Ahora bien, esta autorregulación (también aplica para la autonomía) no significa que los médicos se desentiendan de otros valores de la sociedad al ejercer su profesión y regular su contenido. El correcto ejercicio implica que los facultativos asuman otras variables en concurso con las estrictamente médicas, como, por ejemplo, la disponibilidad de recursos y las prioridades de la comunidad⁵²⁸. Sólo así podrán emitir un juicio conciliable con los valores médicos y sociales.

Esta autonomía profesional dirigida y fiscalizada por los colegas, tiene por objeto que el médico pueda emitir con libertad e independencia su juicio profesional en todo lo atinente a la atención y tratamiento más adecuado para su paciente⁵²⁹. Como HERRANZ sostuvo en su día: autonomía y autorregulación deben existir “con independencia de las normas legales o de otro tipo que se imponen a los médicos”⁵³⁰.

⁵²⁷ Cfr. WYNIA, Matthew K. *et al.*, “Medical professionalism in society”, *The New England Journal of Medicine* 341 (1999), pp. 1612-1616.

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ Cfr. Declaración de Madrid sobre autonomía y autorregulación profesionales de la AMM adoptada por la 60ª Asamblea General de la AMM en Nueva Delhi, India en octubre de 2009 y revisada por la 70ª Asamblea General de la AMM en Tiflis, Georgia en octubre de 2019.

⁵³⁰ HERRANZ, Gonzalo, “El código de ética...”, p. 335.

C. LA NO AFECTACIÓN DE LOS VALORES MÉDICOS Y LA PRESERVACIÓN DE SU INTEGRIDAD

Entre los bienes particularmente comprometidos con la profesión médica encontramos a la salud, el conocimiento científico y la libertad de actuación médica. Estos bienes resultan capitales en el ejercicio de la medicina y adoptan un matiz diferente al de otros órdenes.

En primer lugar, la importancia que tiene la salud para el médico como elemento teleológico, será distinta a la que pueda significar para un militar, un eclesiástico o un académico. Lo mismo podría predicarse de otras profesiones distintas a la medicina. Por ejemplo, la relevancia que tiene la salud en la relación abogado-cliente no será la misma que aquella suscitada en la relación médico-paciente. Como hemos dicho, la salud empapa la relación que se entabla entre el facultativo y el enfermo, dotándola de sentido⁵³¹. Distinta será la finalidad buscada por el cliente en la consulta con su letrado. Habitualmente, esta última se encontrará motivada por razones de justicia, a fin de restablecer *in natura* un derecho vulnerado o evitar un daño en caso de una potencial afectación.

Una medicina que desconociera la vida y de la salud como bienes prioritarios, desvirtuaría y subvertiría su finalidad. De hecho, si careciese de finalidad terapéutica el actuar profesional, irrazonable y estrictamente, no podría calificarse como médico tal acto. Actitudes de esta naturaleza ponen en riesgo el prestigio y la misma existencia de la medicina, convirtiendo a los profesionales en verdugos,

⁵³¹ Cfr. de este trabajo, I.4. a., III.2.a., IV.2.b. i. y IV.3.a.

o a lo más, meros espectadores complacientes de demandas externas⁵³².

En segundo lugar, el conocimiento científico también goza de relevancia en el mundo médico, pues permite al profesional ejercer su ciencia con honestidad moral, intelectual y técnica. Por lo que ha quedado demostrado en las páginas anteriores, la doctrina, la normativa, la jurisprudencia y la deontología han reconocido que no es posible hablar de una medicina seria, partiendo de la mera experiencia, sino de evidencia suficiente que avale los descubrimientos científicos⁵³³. Especialmente claras son las palabras del artículo 113º del Código de Ética médica de la COMRA, el cual reza que

[e]l ejercicio de la medicina es un servicio basado en el conocimiento científico, en la destreza técnica y en actitudes éticas, cuyo mantenimiento y actualización son un deber individual del médico, y un compromiso de todas las organizaciones y autoridades que intervienen en la regulación de la profesión. La medicina es un servicio basado en el conocimiento científico.

Los estándares actuales de la medicina exigen fundamentarla en el conocimiento científico más riguroso, al punto de imponer en cabeza de los profesionales de la salud el deber de obrar conforme a la ciencia del momento⁵³⁴. Una medicina no basada en el conocimiento científico resulta reprochable por inadecuada para la

⁵³² Para profundizar en la idea de la subversión de la profesión médica, cfr. de este trabajo, VIII.3.a.

⁵³³ Cfr. de este trabajo, IV.3.c.

⁵³⁴ Ídem nota 177.

finalidad terapéutica. Consentir el desprendimiento de este conocimiento significaría despojar a la ciencia médica de su confiabilidad social y transformarla en un recurso discursivo y especulativo. Dicho en otras palabras, significaría poner en riesgo la existencia de la institución médica como la conocemos. De esta manera, el médico como honesto hombre de ciencia que busca afanosamente ayudar con su arte a devolver la salud a las personas, sería expulsado de la sociedad, dejando lugar (si puede decirse así) al charlatán y al curandero.

En tercer lugar, como corolario, la libertad de actuación resulta un bien imprescindible para la profesión médica pues permite corregir la dirección del tratamiento orientándolo en mayor beneficio del paciente. La libertad de actuación, basada en criterios de erudición científica, con la mirada puesta en la finalidad terapéutica, es aquella que debe tenerse como norte inspirador para juzgar el contenido y alcance de la *lex artis*.

Como queda claro, por la naturaleza de la actividad, la necesidad de garantizar la autonomía en favor del profesionalismo y la existencia de bienes que deben ser preservados para mantener la institución, la medicina comparte las características de las materias autorreguladas de los puntos anteriores. Veremos a continuación si esta autorregulación puede traducirse en órganos concretos de control, y si el Colegio Profesional resulta útil para este fin.

5. LA CONVENIENCIA DEL COLEGIO PROFESIONAL COMO INSTITUCIÓN INTERMEDIA PARA LA REGULACIÓN Y NORMACIÓN DE LA MEDICINA

Algunos autores han abordado las amenazas que trae consigo el proceso de hiperregulación⁵³⁵ del que la medicina, como realidad social y jurídica, no escapa. Es sabido que “[c]uando la norma jurídica llega a asfixiar la espontaneidad de la sociedad, acaba por perder prestigio y capacidad de obediencia”⁵³⁶. Peor aún, frente a una regulación irrazonable, la insumisión aparece como una consecuencia esperable⁵³⁷.

Para el caso de la medicina, consideramos que la autorregulación es el modo más razonable de intervención estatal en un Estado de Derecho Constitucional. Aquella permite garantizar con eficiencia la autonomía científica de la profesión basada en la evidencia, y determinar el contenido y alcance de la *lex artis*.

En primer lugar, la intervención del Estado resulta *a priori* innecesaria donde las expectativas de los intervinientes pueden

⁵³⁵ SILVA, Jesús-María, “La injerencia de las leyes: Problemas de la juridificación de las relaciones sociales”, *Persona y Derecho* 56 (2007), pp. 35-57.

⁵³⁶ OLLERO TASSARA, Andrés, *Derecho y sociedad: dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Editora Nacional, Madrid, 1973, pp. 111-112.

⁵³⁷ Somos de la idea que la insumisión es una reacción esperable cuando el sujeto que recibe una indicación no la advierte como una *ordinatio rationis* (es decir, como una ordenación racional hacia un determinado fin), sino como una *ordinatio voluntatis* (imposición de la voluntad de quien la emite). Nada obsta que una persona razonable pueda reconocer que existen motivos, aunque él no los conozca. Sin embargo, esa confianza puede verse horadada en la medida que, de ordinario, no se den explicaciones de lo mandado.

satisfacerse de manera razonable. ¿Quién se encuentra en mejores condiciones de determinar, a partir de la experiencia y conocimientos adquiridos, el contenido, alcance y correcto ejercicio de la *lex artis*? ¿Cómo es posible satisfacer la expectativa sobre un correcto juicio ético, científico y técnico sobre ella? La respuesta a ambas preguntas la encontramos en el colegio de médicos. Los mismos profesionales, reunidos y autoorganizados, expidiéndose en materia estrictamente científica, ética y técnica, a partir de un consenso racional e intelectual, juzgan el contenido y alcance de la *lex artis*. Así, las autoridades naturales que surgen de las mismas filas profesionales, elegidas por ellos mismos, permiten resolver la controversia disciplinaria y de conocimiento, sin necesidad de la intervención estatal.

En segundo lugar, la intervención del Estado resulta *a priori* innecesaria donde la incertidumbre puede estabilizarse mediante sus propios recursos. A excepción de situaciones de emergencia sanitaria como las vividas durante la pandemia del SARS-CoV, las instituciones intermedias no requieren del auxilio estatal para determinar el alcance y contenido de la *lex artis* cuando es incierto. Incluso en el marco de la pandemia de 2020, donde fue necesario el auspicio estatal que hizo posible investigaciones con plazos exiguos sin precedentes, aquella intervención se encontraba sujeta a estándares de erudición y evidencia científica a cargo del comité interviniente.

En tercer lugar, la intervención del Estado resulta *a priori* innecesaria donde el ordenamiento social se cumple legítimamente. El valor de los cuerpos deontológicos, las normas que emiten las instituciones intermedias en materia de salud y el poder disciplinario desplegado por ellas, tienen aceptación social, no solo de los

miembros de sus cuerpos sino también por la jurisprudencia⁵³⁸. Esto ha significado que la intervención del Estado resulte excepcional y deferente en relación con lo resuelto por los colegios, salvo en los casos de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta.

Este modo de regular el control de la medicina tiene estrecha relación con el desarrollo de las democracias modernas. La forma de gobierno colegial, por pares y autoorganizada, como ha dicho la Corte, resulta un medio valioso para el perfeccionamiento de las democracias participativas a través de las instituciones intermedias⁵³⁹.

Como su naturaleza lo indica, cada Colegio debe ser consciente de su tarea de mediación en el seno de la sociedad para el servicio

⁵³⁸ A este respecto, ha dicho la CSJN sobre la validez de las normas deontológicas: "No cabe restringir el alcance de los ordenamientos particulares que atañen a los profesionales del arte de curar, ni privarlos de toda relevancia jurídica, sino que se impone garantizarles un respeto sustancial para evitar la deshumanización en el arte de curar, particularmente cuando de la confrontación, de los hechos y de la exigencia de conducta profesional así reglada podría eventualmente surgir un juicio de reproche con entidad para comprometer la responsabilidad de los interesados". CSJN, *Amante, Leonor y otros c/ Asociación Mutual Transporte Automotor y otro*, Fallos 312:1953, 1989. En el mismo sentido, cfr. CSJN, *Medilewski, Jacobo Rubén c/ Szarfman, Isaac*, Fallos: 310:1536, 1987. En otra oportunidad, la SALA 1ª DE LA CÁMARA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA asignó valor al Código de Ética médica y juzgó que atender regularmente a pacientes gratis, para después ofrecerles consultorios pagos, es contrario a dicho ordenamiento. Cfr. SALA 1 DE LA CÁMARA PRIMERA CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, *Córdoba A. y otros*, La Ley 150-236. En un sentido similar, cfr. SALA 1ª DE LA CÁMARA SEGUNDA CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, *Quiroga, Pedro c/ Asociación Médica Argentina*, octubre 22-63, La Ley 1963, p. 1016.

⁵³⁹ CSJN, *Sánchez, Marcelino y otro c/ Caja Forense de la Provincia de Chaco s/ Cobro de pesos por repetición de sumas abonadas*, Fallos 286:187, 1973, considerando 8º párrafos 4º y 5º.

del bienestar general. El Estado debe proteger estos cuerpos intermedios e inmiscuirse en su constitución interna y en su régimen de vida sólo excepcionalmente, pues el movimiento vital de aquellos es producido por un principio interno, que fácilmente puede verse en riesgo por la injerencia de factores exógenos. En efecto, estas instituciones cumplen su función prestando a la sociedad una ayuda tanto mayor, cuanto mayor resulta la libertad que le permite actuar.

En este sentido, el modo de regular la profesión médica a través de un cuerpo colegiado, compuesto por miembros que salen de sus propias filas, resulta plausible desde la óptica de una racionalidad natural y no meramente formal, lo cual lo transforma en una institución característica del Estado de Derecho Constitucional⁵⁴⁰.

En resumen, la actividad del colegio podría sintetizarse en responder a la siguiente pregunta: ¿el médico ejerció científica y éticamente su profesión? Este interrogante, para ser respondido en justicia, deberá ser resuelto por un profesional de la salud. Aquél que se encuentra en mejores condiciones, por su formación y *expertise*, de determinar el contenido y alcance del acto médico, será apto para resolver el caso concreto y prospectivamente, la indeterminada cantidad de los futuros.

Llegados a este punto, nos encontramos en condición de responder a las dos cuestiones iniciales. En primer lugar, a la pregunta acerca de quién es el sujeto material y naturalmente idóneo para

⁵⁴⁰ Cfr. ELLSCHEID, Günter... Este autor sostiene que el Derecho regulatorio se caracteriza por tener una racionalidad natural en oposición a una formal. Posteriormente afirma que esta última es más propia del Estado de Derecho formal.

ejercer el contralor respondemos: el profesional médico. A la segunda cuestión, acerca de cuál es la figura jurídica que mejor se adapta a esta realidad respondemos: el Colegio Profesional como ente público no estatal.

6. CONCLUSIONES

En la regulación de la profesión médica hay que tener en cuenta dos recaudos: uno de orden material o sustancial y otro de orden formal u orgánico.

En cuanto a lo sustancial, la materia esencialmente médica requiere ser elaborada, ejecutada y juzgada por un sujeto que posea el conocimiento técnico, ético y científico para hacerlo. En este sentido, la condición de médico resulta indispensable para emitir tanto normas de orientación como de prohibición.

En cuanto a lo orgánico, los Colegios Profesionales, en su condición de entes públicos no estatales, con una organización independiente, con autoridades electas entre sus propios miembros, posibilitan una regulación respetuosa de la independencia de criterio y los estándares más altos de ejercicio profesional, al servicio del paciente. Ellos son manifestación del carácter autorregulado de la profesión médica y órgano que mejor se adapta a la realidad del Estado de Derecho Constitucional. Así ha sido reconocido en diversas oportunidades por el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia. Por tanto, en el caso de la libertad de actuación médica, se verifica la conveniencia de que su control se encuentre en manos de los mismos profesionales de la salud, autoorganizados bajo la figura de los colegios de profesionales.

CAPÍTULO VII

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de esta obra, hemos abordado la libertad de actuación médica eminentemente como facultad del profesional. Desde el conocimiento intuitivo advertimos que el ejercicio de toda libertad trae como consecuencia necesaria la responsabilidad en sus distintas expresiones. Por ello, en este capítulo ahondaremos en la libertad profesional como conducta exigible al médico.

En orden a la finalidad de esta tesis y la pertinencia de los temas tratados, no expondremos el régimen jurídico de la responsabilidad por toda la actuación profesional. Además de resultar una tarea enciclopédica, aquello se encuentra fuera del objeto de nuestra investigación. En su lugar, analizaremos sólo aquellos puntos que guardan relación directa con la libertad estudiada.

Planteados nuestros objetivos, a lo largo de las siguientes páginas intentaremos responder los últimos tres interrogantes de esta primera parte:

§. 12. ¿qué entendemos por correcto ejercicio de la libertad de actuación médica?,

§. 13. ¿con qué criterio se juzga el libre ejercicio profesional? y

§. 14. ¿cuándo el despliegue de esta libertad hace incurrir en responsabilidad al profesional?

Por las características que presenta la medicina y su ejercicio libre, la jurisprudencia la ha abordado de un modo particular destacando un elenco de características propias. Al final del capítulo, el lector podrá descubrir cómo la *lex artis* resulta un elemento determinante para delimitar la extensión de la responsabilidad profesional.

2. LA LIBRE ACTUACIÓN MÉDICA COMO CONDUCTA EXIGIBLE AL PROFESIONAL

a. LA MEDICINA COMO ACTIVIDAD EMINENTEMENTE DE MEDIOS

De manera casi unánime, la doctrina ha llamado obligaciones de medios a aquellas en las cuales el deudor está compelido a cumplir una actividad prescindiendo del logro efectivo de un determinado objetivo; viceversa, calificará de resultado las obligaciones en las que el deudor se constriñe a realizar un producto con prescindencia de una específica actividad instrumental. De esta manera, el objeto de las obligaciones de medios recae en cierta conducta o servicio, quedando fuera de la prestación la obtención de un resultado

preciso. La jurisprudencia nacional⁵⁴¹ y foránea⁵⁴² ubica a la medicina dentro de la primera categoría.

Su encuadre como actividad *eminente* de medios responde a dos motivos. En primer lugar, porque no es posible hacer una abrupta separación entre actividades de medios y de resultados. En las primeras, el galeno siempre pretende un resultado (la promoción de la salud del paciente)⁵⁴³ y en las segundas, el facultativo debe utilizar medios lícitos y adecuados para alcanzar los resultados. En otras palabras, mientras que en las obligaciones de medios hay una legítima expectativa de resultados, en las obligaciones de resultado, la hay en referencia a los medios utilizados. En definitiva, su caracterización estará dada por la acentuación cualitativa de una u otra condición en el objeto obligacional pero no en la finalidad.

En el caso de la medicina, su complejidad torna imposible que el profesional pueda prometer resultados, en cambio puede ofrecer su leal saber en busca de un producido satisfactorio, pero de suyo

⁵⁴¹ Cfr. CSJN, *Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia c/ Guevara, Juan Antonio y otros*, Fallos 327:3925, 2004, del apartado III del dictamen del Procurador General que la Corte hace propio. En este mismo sentido, cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMÁN, SALA LABORAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, *Mamani, Silvia Patricia c/ Sistema Provincial de Salud (Si.Pro.Sa) s/ Daños y perjuicios*, Sentencia N.º 176, 2004; CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, SALA B, *B. de M. M. B. c/ Medicus S.A. y otro s/ Daños y perjuicios*, 2008; CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, SALA M, *A. G. N. c/ G., P. M. s/ Daños y perjuicios*, 2008.

⁵⁴² Cfr. TRIBUNAL DE CASACIÓN italiano, sentencias 3044 del 13 de octubre de 1972, 2439 del 18 de junio de 1975 y 3906 del 6 de diciembre de 1968.

⁵⁴³ Llegados a este punto del trabajo, el lector rápidamente reconocerá que para ser calificado de tal, en todo acto médico debe existir una finalidad terapéutica. Más aún, resultaría imposible afirmar que el agente no obra con una finalidad. Sobre este punto cfr. en este trabajo, I.4.a., II.2.a., II.6.a., III.2.a. y IV.2.b.i.

ignoto. Este modo de caracterizar la actividad médica, tan dinámica y en gran medida desprovista de certezas frente a los resultados, ha sido habitual en la jurisprudencia. Se ha afirmado que la naturaleza de la actividad médica, como despliegue de obligaciones de medios y no de resultados, manifiesta el dinamismo de la ciencia e impide que ella pueda ser considerada como una actividad meramente rutinaria⁵⁴⁴.

En segundo lugar, decimos “eminente” pues el amplio catálogo de prácticas médicas torna imposible realizar generalizaciones. Por ejemplo, en el caso de la cirugía estética, algunos autores han dicho que ella es una clara muestra de una disciplina predominantemente de resultados⁵⁴⁵. En otros casos, se hace referencia a una responsabilidad objetiva de los médicos por el uso de los instrumentales de los cuales se sirven, cuando el daño se engendra con independencia de la actividad médica⁵⁴⁶. También, según el estado del arte, encontramos obligaciones médicas más relacionadas con la obtención de un resultado que otras. Parecería evidente que no se puede equiparar la intervención de un facultativo en un supuesto de apendicitis a la intervención durante un tratamiento oncológico de larga duración.

⁵⁴⁴ Cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, CAPITAL FEDERAL, SALA 5, *Calveiras, Juan Carlos*, 2005.

⁵⁴⁵ Cfr. KVITKO, Luis Alberto, “La responsabilidad médica en cirugía estética ¿obligación de medios o de resultados? Antecedentes jurisprudenciales argentina y española. Cambio radical en la doctrina y criterio jurisprudencial español”, *Medicina Legal de Costa Rica* 28 (2011).

⁵⁴⁶ Cfr. CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA DE TRELEW, CHUBUT, SALA CIVIL, *G., S. c/ S.C. SRL s/ Daños y perjuicios*, Sentencia 27 del 22 de octubre 2003.

La calificación de la profesión médica como actividad eminentemente de medios, ha sido reconocida por la legislación. Así, la Ley de ejercicio de la Medicina, en su artículo 20º prohíbe a los profesionales que ejercen la medicina:

1º) anunciar o prometer la curación fijando plazos, 2º) anunciar o prometer la conservación de la salud, 3º) prometer el alivio o la curación por medio de procedimientos secretos o misteriosos, [...] 5º) anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles...

De una manera análoga, el Código Penal argentino y las leyes especiales sostienen la misma tesis, al prohibir la promesa de curación de enfermedades a término fijo⁵⁴⁷.

b. EL OBJETO OBLIGACIONAL: EL CORRECTO EJERCICIO DEL ARTE EN EL CASO

La obligación de los médicos consiste en brindar una prestación procurando la asistencia conveniente. No consiste propiamente en la recuperación del paciente, sino en proponer el tratamiento adecuado utilizando los medios ordinarios de su ciencia. En palabras de la SCJBA,

[l]a obligación principal a prestar por los profesionales del arte de curar [...] consiste en una actividad cualificada técnica y científicamente en pos de la curación, mejoría o alivio del paciente, pero sin prometer ni obligarse a tal curación o alivio. Lo prometido, el núcleo de su obligación, es desplegar sus

⁵⁴⁷ Cfr. artículos 208º inciso 2º *in fine* del CP y 16º párrafo 2º de la Ley 12.331.

buenos oficios profesionales, con toda la diligencia y esmero posible y de conformidad a lo que la ciencia y el arte médico indican, para lograr la cura o mejoría del enfermo. Pero esto, la cura o mejoría, si bien es la finalidad última y el resultado esperado de esos buenos Oficios, no es el objeto de su obligación.⁵⁴⁸

Debe recordarse que la función del profesional en el proceso de recuperación del paciente estrictamente no es devolver la salud al enfermo —que de suyo escapa a sus posibilidades—, sino provocar la corrección del curso natural de la enfermedad⁵⁴⁹. La preservación de la vida y la promoción de la salud funcionan como *causa fin* de la prestación, pero no como objeto obligatorio. En caso de que así sucediera, algún osado jurista podría identificarla como de resultados incluso tratándola como una actividad “sin garantía de eficacia”⁵⁵⁰. Esta convicción ha sido reflejada en otras sentencias de diferentes Cámaras⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ SCJBA, *Reboredo, Rubén Omar c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios*, 2003. En el mismo sentido, cfr. CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA DE COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT, SALA A, S., J. y otra c/ P., G. y Otro s/ Daños y perjuicios, 2007.

⁵⁴⁹ Cfr. de este trabajo, I.4.a.

⁵⁵⁰ Cfr. CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 2ª Ed., pp. 346-356.

⁵⁵¹ Cfr. CÁMARA SEGUNDA CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, sentencia del 5 de agosto de 1958. *Jurisprudencia Argentina* (1958) t. IV, p. 531. Asimismo, la CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA F, mencionó acerca del médico que “[l]a obligación que contrae frente al paciente no es la obligación determinada de curar el enfermo, sino sólo una obligación general de prudencia y diligencia, de tal manera que el cliente tiene a su cargo la prueba de la imprudencia o negligencia del médico”, CÁMARA NACIONAL

Esta disquisición no es una sutileza. ¿Podría reprocharse la conducta de un médico que obrando en contra de su ciencia, haga cesar el padecimiento? Por ejemplo, un médico que frente a un paciente con jaquecas invoca oraciones secretas contra el *mal de ojo*, ¿tendría responsabilidad? Pareciera que, si la obligación consiste en la recuperación de la salud, no la tendría. Esto significaría habilitar la utilización de medios mágicos y ocultos en el ejercicio de la medicina. En cambio, si la obligación consiste en el ejercicio correcto de su ciencia, el resultado sería el opuesto. Más aún, si la realización de esta práctica mágica lo llevara a omitir un diagnóstico o tratamiento indicado y ocasionare un daño, el profesional incurriría en responsabilidad tanto en sede administrativa como en civil y penal.

c. EL ÁMBITO DE DISCRECIONALIDAD MÉDICA: LUGAR DONDE SE DECIDEN LOS MEDIOS TERAPÉUTICOS

Si hablamos de obligaciones de medios, necesariamente debemos hablar de un ámbito donde el profesional decide qué medios poner a disposición del paciente. Sería irrisorio pensar que el profesional no puede comprometerse a obtener un resultado, pero debe

CIVIL, SALA F, sentencia del 5 de diciembre de 1978, El Derecho - Jurisprudencia General, T. LXXXII, p. 588. Finalmente, sobre este tema, la CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO, SALA II, sostuvo que “[p]or regla general el médico no asume ni puede asumir el compromiso de conservar la vida o eliminar la enfermedad, sino sólo le es dable comprometerse a prestar al enfermo, diligente e idónea atención con base en las reglas del arte de la medicina y de su evolución. No se compromete a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios necesarios para lograr esa buscada finalidad”. CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO, SALA II, sentencia del 30 de setiembre de 1980, El Derecho - Jurisprudencia General, T. XCI, p. 567, entre muchas otras.

seguir necesariamente, como en un callejón sin salida, una secuencia predispuesta para tomar la decisión.

La facultad que tiene el profesional de elegir entre distintos medios, igualmente válidos para curar al paciente, se desarrolla en un ámbito de discrecionalidad terapéutica. LORENZETTI afirma que esta esfera de apreciación técnica es el lugar por antonomasia donde se despliega la libertad de actuación⁵⁵².

Precisamente, como no hay un resultado necesario y mecánico, ya tasado *ab initio*, la decisión del médico es prudencial. Ella surge en este ámbito de discreta indeterminación que se corresponde con la naturaleza de la ciencia médica y de la ética profesional. Como hemos sostenido al principio de este trabajo, la certeza de la medicina es estadística, lo cual lleva a una convicción moral sólo en el caso particular, luego de un proceso de deliberación, decisión y acción⁵⁵³.

Por tratarse de obligaciones de medios y existiendo un margen de apreciación, la prudencia y la diligencia son elementos insoslayables a la hora de juzgar si la libertad de actuación médica fue correctamente ejercida.

Tradicionalmente, la diligencia médica ha sido abordada desde dos vertientes complementarias: una abstracta *a priori*, y otra concreta *a posteriori*. En ambos casos, la libertad profesional está estrechamente vinculada tanto para analizar cuál es la conducta diligente

⁵⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, 2ª Ed. ampliada y actualizada, p. 440.

⁵⁵³ El Aquinate sostiene que la decisión prudencial resulta del esquema *consilium, iudicium et imperium*. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 47 a. 8.

en el caso concreto, como en el modelo abstracto de médico razonable y prudente que llamaremos *sui iuris*.

3. EL MODELO DE DILIGENCIA MÉDICA

a. EL MÉDICO RAZONABLE Y PRUDENTE O *SUI IURIS*

El modelo abstracto de diligencia ha sido utilizado desde la Antigüedad. A lo largo de los años, ha permitido plasmar un ejemplo de conducta aceptable y asequible⁵⁵⁴ para el hombre común⁵⁵⁵. Siguiendo la terminología romanista, hemos decidido llamar al modelo de médico razonable y prudente, con plena capacidad y libertad en el obrar, médico diligente o *sui iuris*.

Para ilustrar mejor el concepto, en este párrafo nos permitimos una breve digresión. En la antigua Roma, el *Código* de JUSTINIANO reconocía dos clases de sujetos de Derecho según el rol que ocupaban en la familia: el hombre *sui iuris* y el hombre *alieni iuris*⁵⁵⁶. El primero de ellos era considerado el arquetipo de hombre libre con plena capacidad. Reflejaba a quien no tenía superior en la sociedad

⁵⁵⁴ Cuando decimos asequibles, queremos destacar que la conducta exigida en abstracto al buen padre de familia no es supererogatoria, angelical ni una conducta de mártir. Lo que se exige es una conducta normal y no necesariamente heroica.

⁵⁵⁵ Ejemplos de este modelo los encontramos en el buen padre de familia (artículos 1094º, 1104.2 y 1903º del CC español), la persona razonable y prudente (art. 1317º del CCyC), el buen hombre de negocios (artículos 1483º inciso b], y 1674º del CCyC), el buen ganadero (artículo 2174º del CC italiano), etcétera.

⁵⁵⁶ Cfr. *Digesto*, Libro I, Título VIII, apartado 1.

doméstica y cuya libertad podía ejercerla por su cuenta y en nombre propio. El segundo, en cambio, se encontraba representado por el *sui iuris*, pues, aunque fuera libre y con *status* de ciudadano, *ergo* con capacidad jurídica, no podía ejercerla en provecho propio, sino en beneficio de su jefe de familia y por cuenta de aquél. Como explicaba DI PIETRO, el *sui iuris* tenía los derechos por sí mismo, mientras los *alieni iuris* dependían del *pater familiae* (*sui iuris* por antonomasia)⁵⁵⁷. A este hombre *sui iuris*, se le exigía el comportamiento del *bonus pater familiae*⁵⁵⁸ y del *bonus vir*⁵⁵⁹. En términos de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, la diligencia exigida a este arquetipo era una *diligentia diligentis*, es decir, una diligencia a la medida de un modelo de hombre preciso, metódico, puntual, cumplidor, escrupuloso de los propios deberes⁵⁶⁰.

El modelo abstracto de diligencia profesional lo encontramos principalmente en los artículos 1256º, 1264º, 1324º, 1358º y 2026º del nuevo Código. La traspolación del contenido de estos artículos al galeno nos permite modelar el concepto de médico razonable y

⁵⁵⁷ Cfr. DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, De Palma, Buenos Aires, 2001, 2ª Ed. (Reimpresión), p. 293.

⁵⁵⁸ Cfr. *Digesto*, Libro LXVIII, Título II, apartado 14 y Libro XVIII, Título I, apartado 35, parágrafo 4.

⁵⁵⁹ Cfr. *Digesto*, Libro VII, Título I, apartado 9 y Libro XXVIII, Título VIII, apartado 7, entre otros.

⁵⁶⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, "El buen padre de familia", en AA. VV., *Estudios de derecho civil en homenaje al Prof. José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, p. 72. El actual Código Civil y Comercial eliminó el *nomen* del buen padre de familia reemplazándolo por el de la persona razonable y prudente. Cfr. artículo 1317º del CCyC.

prudente, a la luz de la diligencia que corresponde según su profesión y las reglas del arte empleado.

Sin ánimo de adelantar las conclusiones, el lector intuirá fácilmente que la diligencia médica debe juzgarse a partir de los principios y valores de la *lex artis*. A la misma conclusión ha arribado la jurisprudencia⁵⁶¹ al mencionar que la cualidad de un buen médico emana de la propia actividad y de la *lex artis* que la gobierna. A su turno, BUSTAMANTE ALSINA comentaba que las bases de una atención diligente deben buscarse en las reglas del arte médico y su evolución conforme a los principios científicos⁵⁶². Esta diligencia manifiesta un espíritu reflexivo, despierto, escrupuloso, producto de una cierta vocación para el propio oficio⁵⁶³.

⁵⁶¹ Cfr. CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA DE TRELEW, CHUBUT, SALA CIVIL, *C., A.I. c/S., J.M. y Otros s/ Daños y perjuicios beneficio de litigar sin gastos*, sentencia 22 del 20 de septiembre de 2003.

⁵⁶² Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", *La Ley*, 1976-C, p. 65.

⁵⁶³ Sobre este punto existe abundante bibliografía: Cfr. HORTAL, Augusto, "La ética profesional en el contexto universitario" en AA. VV., *La ética en la universidad. Orientaciones básicas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pp. 57-71; del mismo autor, *Ética general de las profesiones*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2002; CORTINA, Adela y CONILL, Jesús (Dirs.), *Diez palabras clave en ética de las profesiones*, Verbo Divino, Estella, 2000; CEBALLOS AMANDI, José Ángel, *Introducción a la ética profesional*, ICAI-ICADE, Madrid, 1997; GRACIA, Diego, "Ética profesional y ética institucional: ¿Convergencia o conflicto?", *Revista española de Salud Pública* 5 (2006), pp. 457-467, entre muchos otros.

b. EL MÉDICO DILIGENTE *AD CASUM*

Hasta aquí, la conducta diligente aparece como una disposición o actitud, antes que una operación matemática o subsunción mecánica de una idea preconcebida. Este modelo de médico razonable y prudente es un faro que permite iluminar el sendero del obrar profesional. A partir de la comparación entre aquél y la conducta efectivamente obrada, es posible revisar si existió negligencia en la prestación del servicio⁵⁶⁴.

Este modelo abstracto de médico diligente debe complementarse con las circunstancias de modo, tiempo y lugar, según resulte de la naturaleza de la obligación. Esta técnica fue la elegida por VÉLEZ SANSFIELD para el antiguo Código Civil⁵⁶⁵. Sus artículos proponían un sistema elástico y dinámico que colocaba el modelo profesional en lo que podríamos llamar un médico diligente medio, es decir, un modelo de conducta que puede ser exigido a un hombre común. Actualmente, esta tradición es recogida en los artículos 1340^o y 1724^o del nuevo Código.

Esta diligencia —que podemos llamar *ad casum*— permite juzgar la conducta con equidad. Resultaría contrario a la noción de justicia evaluar la actuación debida a partir de un modelo abstracto que desconozca circunstancias particulares. Es sabido que la responsabilidad debe ser apreciada en concreto, siendo necesario averiguar,

⁵⁶⁴ Cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL, SALA F, *Forlenza, Laura Fernández c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina - y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 19 de marzo de 2007.

⁵⁶⁵ Cfr. artículos 512^o, 902^o y 909^o del CC.

qué habría hecho un médico razonable y prudente, y además qué conducta habría observado en las condiciones del profesional bajo examen⁵⁶⁶. De la misma manera, en la tarea judicial, el juez debe realizar dos pasos para dictar sentencia con justicia: abordar el pronóstico objetivo *ex post* y luego, realizar un análisis de previsibilidad media a partir del conocimiento de las leyes del mundo físico que haya tenido el sujeto⁵⁶⁷. Esta modulación permite juzgar con parámetros de un hombre-especializado-medio, y superar el modelo de diligencia del hombre-lego-medio, evitando caer en una expectativa de heroísmo⁵⁶⁸.

A la hora de evaluar la diligencia médica *ad casum*, la *lex artis* como criterio normalizador, las circunstancias concretas del paciente y la ciencia del momento son elementos insoslayables. Eso no significa que el profesional deba seguir ciegamente el contenido de la *lex artis*. Como se dijo anteriormente, el ejercicio de la medicina resulta incompatible con un seguimiento inexorable y lineal⁵⁶⁹ de contenidos predispuestos —ni siquiera por las leyes del arte— pues,

⁵⁶⁶ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA, *Bernabo, Adriana y Ferreyra, Daniel, en Jo 12.309/8.141 Villar Américo y otro c/ Adriana Bernabo y otros p/ ordinario s/ Incidente*, sentencia del 12 de junio de 2007.

⁵⁶⁷ Cfr. CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA DE TRELEW, CHUBUT, SALA B, *N., E. c/ Municipalidad de la Ciudad de Rawson s/ Daños y Perjuicios*, sentencia 08-C-04 del 22 de marzo de 2004.

⁵⁶⁸ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA I, *Paredes, Edgardo J. J. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, sentencia del 11 de octubre de 1994, cita online 971971.

⁵⁶⁹ Cfr. CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE NECOCHEA, *Martino, Héctor O. y otros c/ Clínica Privada Regional SA y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 20 de agosto de 2009.

en ese caso, dejaría de ser una ciencia dinámica para convertirse en un rutinario ejercicio de una sucesión de técnicas y procedimientos. La conducta diligente debe ser capaz de discernir lo que ha de hacerse sopesando las condiciones concretas del paciente. De esta forma, así como existen una *lex artis* general que determina el contenido de la diligencia médica en abstracto y una *lex artis ad hoc* que la determina en el caso concreto, también es posible afirmar la existencia de una diligencia general y una diligencia *ad hoc*. Esta última es la propia de la relación médico-paciente.

C. CARACTERIZACIÓN DE LA ACTUACIÓN MÉDICA LIBRE Y DILIGENTE

Atento a que el modelo del médico *sui iuris*, por la misma naturaleza del concepto, es difuso e indeterminado, abordaremos algunas características recogidas por la jurisprudencia, la doctrina y la normativa, que permiten dibujar su imagen con un trazo más fino.

i. ACTUACIÓN CIENTÍFICA

El deber de los profesionales de obrar conforme a la evidencia científica ya ha sido comentado en este trabajo⁵⁷⁰. Desde el momento en que el profesional obtiene su título universitario, adquiere una “mayoría de edad” para el ejercicio de la medicina⁵⁷¹ que lo

⁵⁷⁰ Cfr. de este trabajo, II.6.a, II.6.d, II.6.e, III.2.c.i, III.2.c.ii, IV.4.c y V.3.

⁵⁷¹ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA, SALA 1, *Carranza Roberto en Jo 146.311/12.825 Alarcón, Mario Avelino y otros c/ Guillén, Ivana y otros s/ Daños y perjuicios (Con Excepción Contrato Alquiler) s/ Incidente de casación*, sentencia del 6 de noviembre de 2013.

responsabiliza por mala *praxis*, más allá de la inexperiencia o la falta de antecedentes profesionales. Estos últimos pueden conmover la extensión de la responsabilidad en el orden moral, pero nada agregan o atenúan la responsabilidad en materia civil⁵⁷².

Como el conocimiento que se exige a los profesionales de la salud es riguroso y científico, la existencia de varias terapias disponibles no exime de responsabilidad. Al contrario, esta situación exige un mayor conocimiento del médico⁵⁷³ y no tolera una conducta vaga, sino clara y científicamente objetiva. Como tiene dicho la jurisprudencia,

[...]os términos «complicaciones» y «riesgo quirúrgico» nada aportan al debate en la medida en que no definen, con objetividad científica, los obstáculos que -en las circunstancias de la causa- no habrían podido sortear los médicos codemandados. [...] Es por eso que la justificación del estado del paciente basándose sólo en las palabras «riesgo quirúrgico» no puede ser aceptada...⁵⁷⁴

En términos similares, el Código deontológico médico establece que el profesional incurre en responsabilidad cuando los resultados desfavorables de una terapia son producto de una técnica

⁵⁷² Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA E, *Pérez, Laura c/ Clínica Geriátrica Amenábar y otros*, La ley 1984-b, p. 145.

⁵⁷³ CSJN, *Abelenda, Eloy Felipe s/ art. 84 del CP (homicidio culposo) - causa N.º 20.919*, Fallos 312:1311, 1989.

⁵⁷⁴ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA 3, *Hernández, José Luis c/ OSECAC y otros s/ Responsabilidad médica*, sentencia del 3 de marzo de 2009.

o un procedimiento no avalado científicamente⁵⁷⁵. La rigurosidad científica dependerá de la condición del profesional y la especialidad que ejerza, pues se exigirá de aquél un mayor método y celo profesional en el ejercicio de las tareas para las cuales se ha especializado.

Pueden presentarse situaciones al médico que lo lleven a considerar la necesidad de apartarse de la *lex artis*, para atender el caso concreto. Un ejemplo de ello es la administración de fármacos no autorizados para determinadas patologías. La utilización de estas terapias es común en la práctica profesional⁵⁷⁶ y la doctrina la ha reconocido como una facultad legítima⁵⁷⁷. Las “indicaciones fuera de

⁵⁷⁵ Cfr. artículo 67º del CEMES.

⁵⁷⁶ Cfr. AMM, Declaración sobre intervenciones no probadas en la práctica clínica adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial en Helsinki, Finlandia en junio de 1964 y enmendada por la 29ª Asamblea Médica Mundial en Tokio, Japón en octubre de 1975, 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia en octubre de 1983, 41ª Asamblea Médica Mundial en Hong Kong en septiembre de 1989, 48ª Asamblea General en Somerset West, Sudáfrica en octubre de 1996, 52ª Asamblea General en Edimburgo, Escocia en octubre de 2000, 59ª Asamblea General en Seúl, Corea en octubre de 2008 y 64ª Asamblea General en Fortaleza, Brasil en octubre de 2013, apartado 37: “Cuando en la atención de un paciente las intervenciones probadas no existen u otras intervenciones conocidas han resultado ineficaces, el médico, después de pedir consejo de experto, con el consentimiento informado del paciente o de un representante legal autorizado, puede permitirse usar intervenciones no comprobadas, si, a su juicio, ello da alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento. Tales intervenciones deben ser investigadas posteriormente a fin de evaluar su seguridad y eficacia. En todos los casos, esa información nueva debe ser registrada y, cuando sea oportuno, puesta a disposición del público”. En el mismo sentido, cfr. BIERZYCHUDEK, Laura, “Prescripción off-label de medicamentos: definición y consideraciones ético-regulatorias en Argentina”, *Revista Bioética y Derecho* 55 (2022).

⁵⁷⁷ Se ha entendido que esta facultad deriva implícitamente del artículo 2º inciso a) de la Ley 17.132, con las limitaciones del artículo 20º incisos 7º y 8º de la misma norma.

prospecto” y el “uso compasivo de medicamentos”⁵⁷⁸ ordinariamente son utilizados cuando los tratamientos tradicionales han sido agotados. Estas terapias pueden originarse por diversos factores: fracaso de medicamentos probados para el caso particular, inexistencia de incentivos económicos para la aplicación de algunos fármacos a enfermedades poco frecuentes, dificultades técnicas para el estudio en grupos distintos al investigado, entre otros. Las condiciones necesarias para la validez de estas terapias incluyen: el consentimiento del paciente, una razonable expectativa de mejora y bibliografía científica respaldatoria⁵⁷⁹. La pregunta subsiste: ¿puede el médico apartarse voluntariamente de la *lex artis*?, ¿qué sucede en ese caso? A estas preguntas, responde LÓPEZ MEZA:

cuando un profesional no sigue la *lex artis*, debe imperativamente asegurarse de lograr el resultado buscado a través de su propia técnica, pues no hallará cobijo su práctica si, apartándose de la técnica convencional reconocida, no obtiene el resultado esperado o comprometido.⁵⁸⁰

Las indicaciones fuera de prospecto son de exclusiva responsabilidad del médico tratante. Aquél las realiza en ejercicio de su actividad, a partir de su experiencia y conocimiento científico

⁵⁷⁸ El uso compasivo de medicamentos se encuentra regulado en la Disposición ANMAT 840/1995.

⁵⁷⁹ Para un mayor desarrollo de las indicaciones fuera de prospecto, cfr. CORTESI, María C., “Responsabilidad médica y riesgos en el paciente por la prescripción «off label» de medicamentos”, *RCyS* 17 (2015), cita online AR/DOC/423/2015.

⁵⁸⁰ LÓPEZ MEZA, Marcelo J., “La apreciación de la conducta según la capacidad y circunstancias del agente. La determinación de la diligencia exigible a cada uno de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Derecho* 266 (2016), p. 6.

disponible, motivado por la necesidad de dar respuesta a los problemas de salud, para los cuales no hay antecedentes de estándares de tratamiento o que, en caso de existir, son de muy difícil acceso⁵⁸¹.

Para el médico *sui iuris*, la *lex artis* opera como eximente de responsabilidad en caso de que se produzca un resultado negativo. En estos casos, las publicaciones científicas, los protocolos y las guías clínicas brindan al médico de un elemento poderoso, “un halo o círculo de inmunidad frente a cualquier reclamación”⁵⁸². Sin embargo, nada obsta que decida en contrario motivado por las características del paciente. Como la *lex artis* general resulta de una abstracción de casos singulares, su adecuación al paciente a veces puede tener efectos no deseados. De la misma manera que una norma de policía, por su vocación abstracta y general, puede alcanzar casos singulares que no deberían estar incluidos, idéntica situación podría darse en la *lex artis*⁵⁸³.

Este apartamiento se justifica en la defensa y promoción de la salud del paciente, cuando los medios dispuestos en la norma general resultan insatisfactorios. El simple conocimiento del daño a producirse justificaría al profesional apartarse de la norma general siempre que tuviere elementos científicos para acreditar sus motivos.

⁵⁸¹ Cfr. ANMAT, Declaración del 30 de marzo de 2016 sobre indicaciones médicas fuera de prospecto. Volveremos sobre este punto en XII.6.b.

⁵⁸² RODRÍGUEZ LAINZ, Juan José, “Sobre...”, p. 332.

⁵⁸³ Cfr. de este trabajo, III.2.c.iv.

ii. ACTUACIÓN ACTUALIZADA

Las circunstancias de modo, tiempo y lugar exigen que la conducta profesional sea juzgada según los conocimientos existentes al momento de la prestación, y las posibilidades reales del paciente. A este respecto, recuerda URRUTIA que “[l]a regla jurídica en nuestro Derecho es la apreciación concreta de la culpa, teniendo en cuenta las situaciones de tiempo, que se refieren justamente a este aspecto”⁵⁸⁴.

Como ha dicho la jurisprudencia, exigir una conducta contraria significaría cargar sobre los profesionales deberes inmensos y desconocidos al momento del hecho, lo cual reflejaría una pretensión desmedida e injustificable⁵⁸⁵. En este sentido, no podría reprocharse al profesional una técnica o procedimiento cuestionable con posterioridad si en su momento no existía otra opción técnica y científicamente válida⁵⁸⁶. Tampoco sería lícito un análisis *ex post facto* de la conducta profesional cuando la evolución y el desenlace médico pudieran conocerse tardíamente⁵⁸⁷. Evidentemente, sí puede exigirse

⁵⁸⁴ URRUTIA, Gustavo A., “La culpa y su prueba en la práctica quirúrgica”, en *La Ley Actualidad* 58 (1994), p. 18.

⁵⁸⁵ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES DE TRELEW, SALA A, *Sandoval de Pérez, I. c/ Z., N. R. s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 24 de junio de 2010, del voto del Dr. López Mesa.

⁵⁸⁶ Cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL, *Echenique, Silva Beatriz c/ Pardal, Carlos y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 24 de septiembre de 2010.

⁵⁸⁷ Cfr. CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE DOLORES, BUENOS AIRES, *I. F. B. c/ K. V. y/o quienes resulten responsables*, sentencia del 28 de septiembre de 2007; CSJN, *Albornoz, Luis Roberto y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ Daños y perjuicios*, Fallos

al profesional una conducta técnica actualizada, practicada con idoneidad y con la previsibilidad media que se espera de un galeno conforme al estado de la ciencia del momento⁵⁸⁸.

iii. ACTUACIÓN NO SUPERFICIAL

Por los valores que se encuentran en juego, al analizar la conducta debida no hay lugar para las culpas pequeñas: el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales⁵⁸⁹. En todas las profesiones liberales, pero especialmente en la medicina, el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas es mayor⁵⁹⁰. Por la naturaleza de estos bienes, la menor imprudencia o impericia adquiere un cariz de especial gravedad⁵⁹¹ y justifica un análisis exhaustivo del error técnico.

330:748, 2007; CÁMARA CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE BUENOS AIRES, SALA I, *Escobar Núñez de Ureña, Imrri y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ Responsabilidad médica*, sentencia del 22 de mayo de 2014.

⁵⁸⁸ Ídem nota 561.

⁵⁸⁹ Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA E, *G. F. y otros c/ R., E. M. SA s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 17 de mayo de 2017, CÁMARA NACIONAL CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA DE COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT, SALA CIVIL, *M., V. L. c/ SIPROSALUD y otro s/ Juicio sumario*, sentencia del 20 de abril de 2013.

⁵⁹⁰ Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA D, sentencia del 28 de octubre de 1982, ED 103-270.

⁵⁹¹ Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA A, *D. L. de E., M. L. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Roberto Quirno*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, La Ley 1998-B-876 (40.201-S).

El artículo 1725º del Código Civil y Comercial exige una previsibilidad agravada y un mayor deber de seguridad a aquellas personas a las que la sociedad confiere el cuidado de los bienes más fundamentales. Asimismo, el ejercicio profesional y el juzgamiento de su responsabilidad no tolera comportamientos displicentes, pues en todos los casos se encuentran comprometidos los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona⁵⁹². Sobre esto ha dicho la jurisprudencia que

quien ejerce la profesión de médico se halla moralmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud del paciente al punto de que cuando está en juego la vida de un paciente o la posibilidad de que sobrevenga algún grado de incapacidad física, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve adquieren una dimensión especial que le confieren una singular gravedad.⁵⁹³

La conciencia sobre el valor de estos bienes fundamentales lleva a una tendencia natural a juzgar con mayor severidad la actuación de los profesionales⁵⁹⁴. Como sostiene PATIÑO RESTREPO, las profesiones como la medicina protegen no sólo a personas vulnerables, sino también, valores sociales precarios y vulnerables⁵⁹⁵.

⁵⁹² CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, LA PLATA, BUENOS AIRES, SALA 2ª, *O'Keefe, Cristina Mabel c/ Hospital Prof. Dr. Adolfo Rossi s/ Daños y perjuicios*, sentencia 241194 del 23 de septiembre de 2003.

⁵⁹³ CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA A, sentencia del 29 de agosto de 1989, *El Derecho* 135-756.

⁵⁹⁴ Cfr. CSJN, *Liporace, Roque c/ Vázquez Ferro, Guillermo y otros*, Fallos 312:2527, 1989.

⁵⁹⁵ Ídem nota 522.

iv. ACTUACIÓN FALIBLE Y ORDINARIA

Hemos sostenido en el Capítulo III que el objeto del acto médico debe ser posible⁵⁹⁶. El histórico aforismo *ad impossibilia nemo tenetur* nos recuerda que los profesionales no se encuentran obligados a desarrollar una tarea contra lo imposible. Como la medicina es una actividad compleja y dinámica, sujeta a los cánones de las obligaciones de medios, el daño ocasionado al paciente no resulta *per se* configurativo de responsabilidad. Para ello, es necesario que el riesgo creado sea jurídicamente desaprobado y tenga relación directa con el resultado. Como es evidente, toda intervención quirúrgica trae consigo una cuota de riesgo para el paciente. Por tanto, resulta necesario esclarecer qué daño es el resarcible.

En relación con las maniobras médicas, la jurisprudencia ha sostenido que “la norma prohíbe solamente aquellas que sobrepasan el nivel del riesgo permitido: sobre éstas recae el enfoque del sistema penal”⁵⁹⁷. Sin embargo, no alcanza los daños que puedan producirse inherentes al procedimiento médico siempre que el profesional haya actuado con diligencia, según los saberes de su ciencia, y hayan sido inevitables, imprevisibles, actuales e inimputables⁵⁹⁸.

En el ejercicio profesional no puede exigirse que el médico no yerre. En primer lugar, porque la práctica médica consiste en la

⁵⁹⁶ Cfr. de este trabajo, III.2.c.

⁵⁹⁷ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, CAPITAL FEDERAL, Sala 5, *Calveiras, Juan Carlos*, 2005.

⁵⁹⁸ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 295.

actuación diligente, de acuerdo con las técnicas que resulten del consenso racional pertinentes al caso concreto y no de la infalibilidad exenta de error⁵⁹⁹. El progreso de la ciencia no garantiza exactamente la recuperación de la salud inmune de errores, y los métodos terapéuticos no se consideran correctos por su infalibilidad, sino porque son aceptados por la generalidad de los profesionales en un determinado momento histórico. Nada obsta, por otro lado, que dichos métodos sean considerados erróneos en otro momento. Al profesional no puede exigírsele una conducta heroica, una lucha victoriosa contra lo imposible, una suerte de infalibilidad que lo lleve a la obligación de agotar todos los recursos de la ciencia en resguardo de la salud del paciente. Lo que se le exige es poner a disposición los conocimientos adquiridos con diligencia profesional según lo requiera el caso⁶⁰⁰.

Si la heroicidad e infalibilidad fueran exigencias propias del desempeño profesional, la misma existencia de la institución médica correría peligro. La conducta del galeno estaría seriamente condicionada (al punto de la perplejidad) por la incertidumbre de los resultados técnicos y por los peligros propios de toda terapia. Por principio, el profesional dispone de distintos medios para procurar el mejor resultado para el paciente, incluso cuando estos sean discutibles, fruto de la naturaleza cultural y dinámica de la ciencia

⁵⁹⁹ JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N.º 3 DE MORÓN, BUENOS AIRES, *Urbini, Tamara Silvana y otros s/ Homicidio culposo*, sentencia del 28 de mayo de 2015.

⁶⁰⁰ Cfr. CSJN, *Rozenblat, Alberto c/ Porcella, Hugo y otros*, Fallos 322:726, 1999, considerando 7º de la disidencia de los Dres. Fayt y Vázquez. En el mismo sentido, cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL, SALA L, A., *G.N. c/ G., P.M. s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 25 de julio de 2008.

médica⁶⁰¹. En estos casos, salvo que fuera evidente lo arbitrario, ilógico o abusivo del accionar médico, no puede ordinariamente hablarse de responsabilidad⁶⁰².

La SCJBA ha destacado que es posible hablar de culpa en la medida que se haya privado al paciente de una atención médica adecuada, siempre que sean evidentes las falencias en el procedimiento y resulte del proceder negligente de los facultativos⁶⁰³. De la misma manera, la responsabilidad será prístina cuando resulte de un error craso e inexcusable⁶⁰⁴ no siendo suficiente que tan solo sea equivocada⁶⁰⁵. Debe reconocerse que, por la naturaleza de la medicina y la

⁶⁰¹ Cfr. CÁMARA 1ª CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, SALA 2ª, *Adelnur de Molina v. Meroni, José s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 12 de junio de 2001. En este mismo sentido ha dicho la Organización Médica Colegial de España que “[e]s importante tener en cuenta que la medicina no es una ciencia exacta y por ello, se debe valorar la conducta exigible al facultativo en función de la situación del paciente y del resultado dentro del criterio de causalidad”. AA. VV., *Nuevos retos para la profesión médica: una aportación al debate social. Reflexiones a raíz del II Congreso de la Profesión Médica*, OMC, 2010, p. 59.

⁶⁰² Cfr. MORELLO, Augusto y MORELLO, Guillermo C., “El derecho y las opciones médicas”, *Revista Jurisprudencia Argentina* 3 (2002). En este mismo sentido, cfr. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE JUJUY, *Tolaba, Ana María y Rodríguez, Jorge Luís c/ Estado Provincial*, sentencia del 30 de agosto de 2011.

⁶⁰³ Cfr. SCJBA, *Cayarga, José Eduardo c/ Clínica Privada Dres. Marcelo S. Tachella y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 22 de agosto de 1995.

⁶⁰⁴ Ídem nota 561.

⁶⁰⁵ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 1ª NOMINACIÓN, RÍO CUARTO, CÓRDOBA, *B. D. F. c/ F. M. G. y Otros s/ Ordinario - Expte. No 505946*, sentencia del 14 de junio de 2013. Se ha reconocido como ejemplo de error grave e inexcusable puede la aplicación de un tratamiento de una enfermedad que el paciente no tenía. Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA,

necesidad de tratar la responsabilidad profesional en su adecuada dimensión, hay un alea que escapa a la más rigurosa y prudente de las previsiones del profesional⁶⁰⁶. Sin embargo, esto no significa que la libertad de actuación médica sea juzgada de manera indulgente por el juez, ni siquiera cuando pudieran alegarse razones de utilidad científica⁶⁰⁷.

En síntesis, como la ciencia médica es en gran medida opinable y resulta dificultoso fijar nítidamente los límites entre lo correcto y lo incorrecto, el simple error de diagnóstico o de tratamiento no basta para atribuir responsabilidad por el daño causado⁶⁰⁸. De hecho, por la complejidad de la materia y las particulares circunstancias de cada caso, el juez sólo en casos excepcionales logra una certeza absoluta sobre la forma en la que ocurrieron los hechos⁶⁰⁹.

SALA 1, *Carranza Roberto en Jo 146.311/12.825 Alarcón, Mario Avelino y otros c/ Guillén, Ivana y otros s/ Daños y perjuicios (Con Excepción Contrato Alquiler) s/ Incidente de casación*, sentencia del 6 de noviembre de 2013.

⁶⁰⁶ CSJN, *Liporace, Roque c/ Vázquez Ferro, Guillermo y otros*, Fallos 312:2527, 1989, del voto en disidencia del Ministro Carlos Fayt.

⁶⁰⁷ Cfr. CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, SALA E, Z., *C. A. c/ P. F. y otro*, sentencia del 31 de mayo de 1996, La Ley 1996-D-705.

⁶⁰⁸ Cfr. CÁMARA NACIONAL ESPECIAL CIVIL Y COMERCIAL, SALA V, sentencia del 7 de julio de 1987, La Ley 1989-C-623 y CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA B, sentencia del 22 de diciembre de 1964, Jurisprudencia Argentina 1965-III-67.

⁶⁰⁹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMÁN, SALA CIVIL Y PENAL, *Cabrera de Fernández, Irma Olga c/ Sanatorio del Norte S. R. L. s/ Daños y perjuicios*, sentencia 939 del 24 de noviembre de 2003.

V. ACTUACIÓN INDEPENDIENTE

Por el carácter dinámico de la medicina, el profesional puede optar entre distintos caminos para obtener un resultado. De las posibilidades que se le presentan, el médico debe priorizar aquellas científicamente probadas, con la mirada puesta en el interés superior del paciente, evitando toda injerencia que no responda a esta finalidad. Desde esta óptica, una actuación diligente exige la independencia en el obrar profesional.

Esta actuación libre e independiente sienta sus bases en la autonomía científica, que permite modular la terapia general al caso particular. Desde una mirada pragmática, resultará más conveniente correr el riesgo de la libertad médica y exponer a los pacientes a un posible yerro, antes que aceptar un comportamiento mecánico que desconozca las circunstancias particulares; con ello, la injusticia se encontraría asegurada. Haciendo un uso libre de la fórmula de BLACKSTONE, es más deseable que diez médicos fallen en su tratamiento, a que uno solo sea condenado por la correcta aplicación de su ciencia.

La independencia de criterio es considerada un requisito de idoneidad, tanto en el ejercicio liberal como en los dictámenes médicos de los auxiliares de justicia⁶¹⁰. Como actuación diligente, la independencia científica ha sido defendida en distintos órdenes, con fundamento en la naturaleza de la profesión y en las

⁶¹⁰ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE RAFAELA, *C., L. G. c/ Policlínico ... y otros*, sentencia del 28 de agosto de 1998, publicado en La Ley Litoral 2000, p. 257, cita online AR/JUR/3188/1998.

responsabilidades que trae consigo⁶¹¹. La jurisprudencia la ha reconocido en varias oportunidades como un derecho de los profesionales.⁶¹²

Esta independencia, por tener origen en la naturaleza de la profesión, subsiste en las relaciones de dependencia. La autonomía de criterio puede invocarse contra los cargos superiores, cuando dictan órdenes que impiden al profesional cumplir sus deberes con el paciente⁶¹³. Aunque pueda ser encuadrada en una dependencia jurídica y económica, la actividad médica no lo es en sentido técnico. La Cámara Civil y Comercial de La Plata claramente ha distinguido la subordinación técnica, de la jerárquica y económica, en los casos de médicos que ejercen su profesión en una relación de dependencia⁶¹⁴.

Esta independencia que alcanza a los médicos en general se extiende a los especialistas en particular. En las relaciones donde el subordinado es especialista, como su tarea escapa al control del

⁶¹¹ Por ejemplo, pueden mencionarse del Derecho español: las Ordenanzas de Farmacia de 1860, la Instrucción General de Sanidad de 1904, la Ley de Bases de Sanidad de 1944 y la Ley General de Sanidad de 1986.

⁶¹² Cfr. CÁMARA 2ª CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, SALA 3, G., J. D. c/ *Clínica del Niño y otros/ Daños y perjuicios*, sentencia del 15 de junio de 2006.

⁶¹³ Cfr. artículo 201º del CEMES. Asimismo, cfr. 164º del CE médica de la COMRA.

⁶¹⁴ Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA G, sentencia del 25 de junio de 1981, El Derecho 95/566.

superior, se presume que este último no pudo ejercer ningún tipo de supervisión, por tanto, la responsabilidad no puede trasladársele⁶¹⁵.

En definitiva, se vuelve al mismo paradigma: el nivel de conocimiento exige un mayor deber de obrar con diligencia y con ello, mayor libertad y responsabilidad.

4. LA ACTIVIDAD JUDICIAL FRENTE AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

En la responsabilidad médica, los jueces deben analizar si el profesional ejerció correctamente su libertad de actuación o si, en cambio, fue deficiente por exceso o defecto. Es sabido que, por la naturaleza de la cuestión, los temas médicos escapan a la formación del magistrado. No obstante, ya decía el Código Civil derogado que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”⁶¹⁶. El Código actual impone al juez el deber de resolver los asuntos que le son sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Para resolver esta carencia, el juez acude a la opinión de los expertos, a la experiencia profesional y a la bibliografía pertinente⁶¹⁷. A continuación,

⁶¹⁵ Cfr. CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL, SALA III DE MORÓN, BUENOS AIRES, *L., N. D. vs. Instituto Médico Central S.A. y otro s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 11 de junio de 2012. Sobre la especialidad como elemento relevante de la responsabilidad profesional, cfr. de este trabajo, I.4.b.

⁶¹⁶ Artículo 15º del CC, actualmente derogado.

⁶¹⁷ Cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA 3, *Hernández, José Luis c/ OSECAC y otros s/ Responsabilidad médica*, sentencia del 3 de marzo de 2009.

expondremos algunas características del modo en que los magistrados interactúan con la ciencia médica.

a. LA CONDUCTA DEL JUEZ CON RELACIÓN AL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO

Por principio, los jueces no deben intervenir en la materia estrictamente técnica. El magistrado es experto en Derecho y, como dice la jurisprudencia, “no debe avanzar en el campo en que la ciencia médica arbitra con discrecionalidad cuál o cuáles de las técnicas o procedimientos pueden ser utilizados”⁶¹⁸. El juicio sobre el contenido técnico —como hemos expuesto en el Capítulo precedente— corresponde al Colegio Profesional.

En palabras de WEINGARTEN y GHERSI, a partir de la dialéctica propia del proceso judicial el magistrado debe llegar a la convicción de que la terapia elegida se encuentra entre las que ofrece el conocimiento científico como adecuadas, actuales y válidas, respetando el abordaje realizado y limitándose a constatar que se cumplen los presupuestos científicos; lo contrario significaría una “intromisión científica” ajena a sus incumbencias que tacharía de arbitrario el pronunciamiento⁶¹⁹.

⁶¹⁸ CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MORÓN, SALA II, *R., O. c/ Medic Gem's SA y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 9 de marzo de 2010.

⁶¹⁹ Cfr. WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos, “La discrecionalidad...”, p. 429 y ss. Asimismo, la jurisprudencia lo ha reconocido en sus fallos: cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA J, *Saint Pierre Cristina Ángela c/ Instituto Callao y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 9 de noviembre de 2010 y (de la misma Sala) *Lamas, Dora c/ O.S.C.O.M.M y otro s/ Daños y perjuicios Responsabilidad profesionales médicos y*

Adoptar una actitud distinta significaría erigir a los magistrados en jueces galénicos, violentando la libertad de actuación médica y su ámbito de discrecionalidad. Aunque deban considerarse cuestiones esencialmente técnicas, no se trata de saber si la terapia fue ordenada bien o mal, si cabía otra más preferible, etc. Estas cuestiones son propias del debate médico y no pueden caer bajo el examen de los magistrados⁶²⁰. En algún pronunciamiento se ha llegado a decir con sagacidad que “no tiene sentido que el juez discuta el aspecto científico de [una] práctica médica”⁶²¹.

Por principio, la libre y discrecional elección técnica debe ser respetada por el magistrado. Sólo por excepción, cuando lo grosero o burdo del error resulte manifiesto, debe ser juzgado, siempre con

auxiliares, sentencia del 31 de mayo de 2012, cita online AR/JUR/23105/2012, entre otros.

⁶²⁰ Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA A, sentencia del 19 de julio de 1977, *La Ley* 1977-D-92. De alguna manera, estas materias —cuando se ventilan ante los estrados del tribunal— bien podrían recibir el nombre de *cuestiones científicas no justiciables*.

⁶²¹ Cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA I, *Vigil, María C. c/ Ciudad de Buenos Aires y otros*, sentencia del 02 de marzo de 2006, cita online AR/JUR/1677/2006.

deferencia. Conforme han dicho la jurisprudencia⁶²² y la doctrina⁶²³, el juez interviene cuando existen opiniones unánimes en contra de la estrategia elegida⁶²⁴, y en los casos en los que se viole el principio de beneficencia por generar un riesgo ilegítimo o desviar la finalidad terapéutica⁶²⁵.

Además, el debate que suele darse en materia de responsabilidad médica versa sobre decisiones inherentes a las facultades de discrecionalidad técnica y autonomía propia del ejercicio de la profesión. Por tanto, el control de legitimidad que ejerce el juez es esencialmente distinto y ajeno a ese juicio. En los términos del análisis de razonabilidad expuestos en los capítulos IV y V, podría decirse que el magistrado no pondera la necesidad, sino la finalidad legítima y la idoneidad del obrar⁶²⁶.

⁶²² Cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA B, *E. P. E. y ot. c/ P. B. y otro s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 05 de mayo de 2008, El Derecho - Diario, Tomo 230, p. 517, cita online ED-DCCVC-951 y de la misma Sala, *Cantarella c/ Simonovich y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 22 de junio de 2007, y *Simone de Del Moral, Emilia Rosa y otros c/ Granja, Miguel Ángel y otro s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 18 de marzo de 2008; CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA F, *Amato, Eleonora c/ Guerrieri, Claudio Juan s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 23 de septiembre de 2004, entre otros.

⁶²³ Cfr. FUMAROLA, Luis Alejandro, *Eximentes de responsabilidad civil médica*, 2002, Editorial Hammurabi, Volumen 18, Buenos Aires, p. 99.

⁶²⁴ Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, La Ley Thomson Reuters, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 1ª Ed., pp. 708-722.

⁶²⁵ Cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA I, *Vigil, María C. c/ Ciudad de Buenos Aires y otros*, sentencia del 02 de marzo de 2006, cita online AR/JUR/1677/2006.

⁶²⁶ Cfr. de este trabajo, IV.3.

b. LA CONDUCTA DEL JUEZ FRENTE A LOS DICTÁMENES TÉCNICOS

Por la naturaleza de la cuestión y la inexperiencia del magistrado en la materia, el rol del perito técnico resulta fundamental en el descubrimiento del correcto ejercicio de la libertad de actuación. En principio, el juez no puede apartarse de sus conclusiones cuando aquellas resulten de una pericia formalmente inobjetable, apoyada en la ciencia y la lógica, sin prueba de igual jerarquía que contradiga los postulados de la pericia⁶²⁷. La jerarquía de estos dictámenes se encuentra dada por la seriedad, peso específico y objetividad que las normas específicas le confieren⁶²⁸.

Como el perito es un auxiliar de justicia y su misión consiste en coadyuvar a formar convicción en el juzgador, la circunstancia de que el dictamen no vincule estricta y positivamente no significa que el magistrado pueda apartarse con arbitrariedad de la opinión fundada del perito. En tal caso, tendrá el juez la carga de fundar razonablemente la desestimación de las conclusiones del dictamen técnico⁶²⁹. En efecto, el dictamen médico es un elemento gravitante para la correcta administración de justicia, pero el decisor formal de la causa es el juez que luego de la dialéctica propia del proceso judicial,

⁶²⁷ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA, SALA VII, *Páez, Jesús c/ Hospital Privado Centro Médico de Córdoba S. A. s/ Ordinario daños y perjuicios*, Semanario jurídico 993-1994, p. 18.

⁶²⁸ Cfr. HIGHTON Elena I., "Prueba del daño por mala praxis médica", *Revista de Derecho de Daños* 5 (1999), p. 92.

⁶²⁹ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES DE TRELEW, CHUBUT, SALA A, *M., C. c/ T., D. y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 7 de octubre de 2010.

arriba a una decisión sopesando las pautas científicas, la prueba pericial, los informes, conforme al criterio y las aristas de la causa⁶³⁰.

Ahora bien, para que el decisorio no sea tachado de arbitrario por irrazonable, el análisis del dictamen médico que realiza el magistrado nunca puede ser absurdo⁶³¹, como tampoco puede ser aplicado de manera mecánica aceptando sus conclusiones ciegamente⁶³². Como dice GASCÓN ABELLÁN, “nada es menos científico que asumir como válido un conocimiento sin un pleno control de sus postulados ajustado a una metodología científica”⁶³³. Para reconstruir la relación causal, el juez sopesa las conclusiones del dictamen con las que surgen de su propia observación y los principios de razonabilidad y legalidad. La decisión del magistrado no se limita a la relación causal del mundo físico que resulta de la pericia, sino a lo efectivamente calculado por el médico como agente *supercausal*⁶³⁴, fruto de un análisis de razonabilidad. Es decir, no solo estudia lo que sucedió a modo de un análisis de laboratorio, sino principalmente a partir de las circunstancias históricas y contextuales del hecho. De este modo, el juez realiza el análisis de razonabilidad gracias a su prudencia y experiencia jurídica, ampliado por los datos que

⁶³⁰ CÁMARA SEGUNDA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, BUENOS AIRES, SALA 3, G., J. D. c/ *Clínica del Niño y otro s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 15 de junio de 2006.

⁶³¹ SCJBA, S., E. A. c/ *Hospital Municipal de Villa Gesell y otros s/ Indemnización por daños y perjuicios*, sentencia del 22 de septiembre de 2004.

⁶³² Ídem nota 561.

⁶³³ GASCÓN ABELLÁN, Fernando, “Prueba científica: mitos y paradigmas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44 (2010), p. 83.

⁶³⁴ Ídem nota 561.

suministra el experto. La prudencia y razonabilidad es el ámbito propio de su decisión; el juez no puede fallar en base a la literatura médica sino que debe resolver según la prueba producida en el marco de la causa aplicando el Derecho. Esto no obsta a que el magistrado por *motu proprio* decida interiorizarse con conocimientos médicos sobre el tema que motiva la causa. Pero en cualquier caso, como el juez sabe de Derecho y no de medicina, no tiene competencia para indicar el tratamiento idóneo para el paciente⁶³⁵.

Como hemos expuesto anteriormente, podría suceder que el dictamen médico resultara absurdo o ambiguo y no solo objetable, discutible o poco convincente. Para tenerlo por absurdo —ha sostenido la SCJBA— el error debe ser grave, grosero, manifiesto y conducir a conclusiones irreconciliables con constancias objetivas de la causa⁶³⁶. Alguna jurisprudencia local ha dicho que debe ser incontestable⁶³⁷. Cuando aquellos resulten absurdos, el juez sí puede apartarse de los dictámenes, aunque no pueda reemplazar el criterio médico.

⁶³⁵ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA, SALA VII, *Páez Jesús c/ Hospital Privado Centro Médico de Córdoba S. A. s/ Ordinario daños y perjuicios*, Semanario jurídico 993-1994, p. 18.

⁶³⁶ Cfr. SCJBA, *Samaniego, Héctor W. y otros c/ Caldevit S. A. s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 8 de marzo de 2017.

⁶³⁷ Cfr. CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA DE TRELEW, CHUBUT, SALA A, *M., C. c/ T., D. y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 7 de octubre de 2010.

5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES UTILIZADOS PARA VALORAR EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

a. MAYOR DEBER DE DILIGENCIA POR SUPERIORIDAD TÉCNICA

La autonomía técnica delimita el ámbito de competencia y responsabilidad de cada profesional.⁶³⁸ La jurisprudencia ha sostenido que debe aplicarse un criterio más estricto al juzgar la culpa profesional frente a la profana, pues cabe suponer que la asistencia ha sido solicitada por un motivo de especial confianza y particular indefensión⁶³⁹.

La superioridad técnica no debe asimilarse a una situación abstracta y general sino concreta y específica según la especialidad del profesional. En efecto, podrá eximirse al médico por hechos causados por personal auxiliar de otras especialidades, cuando caigan dentro del caudal de conocimiento y adiestramiento específico del inferior. Este mismo punto ha sido receptado en el Código de Ética médica⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Por ejemplo: respecto de la tarea del anestesista en relación al cirujano, la CSJN ha resuelto que la autonomía científica y técnica que caracteriza al primero impide el establecimiento de una relación de subordinación con el segundo, pues este último carece de facultades para ejercer un control o vigilancia en razón de la incumbencia profesional; así su órbita legal de responsabilidad se extiende hasta los actos del personal que ejecuta sus órdenes como auxiliar, y sobre el que tiene el poder de control. Cfr. CSJN, *Méndez, Fernando Gabriel c/ Jager, Emilio y otros*, Fallos 321:473, 1998 y *Verón, Nilda c/ Omar Knauss y otros s/ Daños y perjuicios*, Fallos 325:798, 2002.

⁶³⁹ Ídem nota 70.

⁶⁴⁰ Cfr. artículo 197º del CEMES.

Por ejemplo, en una oportunidad, dos profesionales con especialidades distintas emitieron un mismo diagnóstico y tratamiento; sin embargo, sólo uno de ellos resultó imputado por negligencia⁶⁴¹. El estándar de la especialidad y las tareas que trae consigo, son motivo suficiente para eximir de responsabilidad a los que no participan de la condición de especialista⁶⁴².

Además, la prestación en expectativa se corresponde con las facultades que brinda su título y con la actividad que efectivamente practica. Por ejemplo, un cirujano odontólogo que promete un

⁶⁴¹ Este es un caso paradigmático. Los hechos del caso fueron los siguientes: un traumatólogo y un médico cirujano resultaron demandados con motivo de una mala *praxis* médica originada por la amputación de una extremidad, producto de intervenciones quirúrgicas sufridas por la actora. En este caso, la Cámara desestimó la demanda en relación con el traumatólogo, pero la aceptó con relación al cirujano. Esto se debió a que el traumatólogo había determinado la existencia de una parálisis del nervio cúbito facial (patología de la actora) luego de ciertos exámenes de rutina. En cambio, el médico cirujano, sin perjuicio de llegar al mismo diagnóstico no había realizado la práctica requerida para esas circunstancias (resonancia magnética nuclear). En este caso dice la Cámara que “no puede atribuírsele mala *praxis* al traumatólogo, pues cumplió dentro de sus conocimientos con sus deberes, ya que, al tratarse de un médico traumatólogo, su especialidad no lo obligaba a conocer frente a qué problema neurológico se encontraba. Este doctor cumplió con su deber al derivar a la paciente, ya que no se le puede atribuir responsabilidad por no diagnosticar una enfermedad que no está dentro del ámbito de su especialidad. Ahora bien, distinta suerte corre la actuación del médico neurocirujano, ya que debió realizar todos los estudios y pruebas necesarias al conocer que ya no se trataba de las enfermedades diagnosticadas previamente”. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL, SALA B, *Zarini, Graciela c/ OSPLAD s/ Ordinario*, sentencia del 7 de marzo de 2008.

⁶⁴² De la misma manera, el artículo 1755⁹ último párrafo del CCyC establece: “Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros”.

procedimiento endodóntico, aunque no sea especialista en endodoncia, debe usar el arte y cuidado de uno⁶⁴³.

b. DEFERENCIA FRENTE A LA INCERTIDUMBRE CLÍNICA

Una vez analizada la diligencia en los términos antes mencionados, cabe preguntarse cómo se debe juzgar al médico en caso de duda sobre el tratamiento a seguir. El Estado (y en particular el Poder Judicial), carece de criterio para definir quién se encuentra en posesión de la razón en la materia propia de la ciencia. Admitir esta competencia estatal significaría sujetar la verdad científica a la opinión de funcionarios estatales, dotando a la ciencia de una inestabilidad similar a la que ocupan las autoridades públicas. La ciencia médica tiene un mecanismo de control propio que permite purificar los errores que en ella se cuelean y es sustancialmente distinto al estatal.

Existen casos donde la solución técnica no es pacífica. La jurisprudencia ha mencionado que el juez se encuentra imposibilitado de tomar partido en ella y por tanto debe rechazarse la responsabilidad profesional⁶⁴⁴. En el mismo sentido ha dicho la Cámara multiforal de Trelew que

[s]olamente puede existir culpa del médico cuando su proceder no está justificado por la *lex artis*, sin duda alguna y más allá de polémicas u opiniones. En la duda, debe absolverse de responsabilidad al médico, pues sólo su negligencia

⁶⁴³ Cfr. SUPREME COURT OF KANSAS, *Kathleen J. Simpson vs Ronald R. Davis*, 219 Kan 584, 549 P2d 950 (1976).

⁶⁴⁴ Cfr. CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL, SALA C, sentencia del 12 de junio de 1964, La Ley 115-124.

incontestable —no necesariamente grave—, indudable o patente lo responsabiliza.⁶⁴⁵

Si la *lex artis* es clara en sus estipulaciones, el juez debe ajustarse a ella y su función radicaría en asegurarse que el médico haya cumplido con sus términos⁶⁴⁶. Sin embargo, si la *lex artis* no es clara, como el juez no puede ignorar el control que le corresponde, deberá analizar la razonabilidad de la conducta, pero sin imponer su propia interpretación, sino asumiendo una conducta deferente hacia el médico⁶⁴⁷. Por tanto, si la actuación del médico es razonable (es decir terapéutica, legítima y adecuada) el juez debe ser deferente en razón de la experiencia y conocimientos técnicos del médico. Dicho en otras palabras, la decisión del médico deberá ser aceptada por el magistrado a menos que resulte irrazonable.

c. CAUSALIDAD ADECUADA

Entre las dificultades que trae consigo el análisis de la responsabilidad médica se encuentra la *concausalidad* en el proceso dañoso. Como hemos dicho, la causa del hecho dañoso en medicina

⁶⁴⁵ CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA DE TRELEW, CHUBUT, SALA A, *M., C. c/ T., D. y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 7 de octubre de 2010.

⁶⁴⁶ Lo que mencionamos aquí no está reñido con los “tratamientos fuera de prospecto” en los cuales el profesional puede apartarse de las indicaciones de la *lex artis* general cuando las circunstancias del paciente lo requieren. Sobre este punto, cfr. de este Capítulo, apartado 3.c.i.

⁶⁴⁷ Cfr. CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA A, *Biedma Alberto c/ Clínica Bazterrica S. A.*, sentencia del 29 de junio de 1977, La Ley 1977-D-92, del voto de la minoría.

habitualmente es multifactorial⁶⁴⁸. A su vez, cuando el paciente acude a la consulta, posiblemente ya se encuentra inserto en un proceso morboso⁶⁴⁹, en el que la evolución natural de los hechos lleve a un desenlace fatal.

En su actuación profesional, el médico busca la promoción de la salud y tiene el poder, dado por el conocimiento, para intervenir en la causalidad natural y ordenarla hacia el fin propuesto. Sin embargo, la dificultad radica en conocer en qué medida el médico contribuyó con un proceso ya iniciado antes de su intervención. Por tanto, resulta un desafío para los magistrados evaluar si la intervención del profesional hizo que ese proceso empeore o acelere.

Como es sabido, en el Derecho las consecuencias inmediatas son aquellas que suelen suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. En algunas ocasiones, el daño no provendrá del accionar negligente del galeno, sino por la reacción a una determinada sustancia o técnica aplicada. En estos casos, aunque la actuación gálica haya sido la *causa agente* del daño, no puede atribuírsele responsabilidad siempre que haya sido imprevisible, o que siendo previsible, haya sido inevitable. Si el profesional actuó conforme lo establecía la *lex artis ad hoc*, no puede incurrir en responsabilidad por el correcto ejercicio de su ciencia, aun cuando dicho accionar ocasione un daño en el paciente. Incluso en los casos que el profesional produzca un daño *ex profeso*, siempre que aquél tenga por objeto

⁶⁴⁸ Cfr. de este trabajo, I.2.c.

⁶⁴⁹ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES, SALA III, C., M. A. v. *Clínica Privada Alcorta S.A y otros*, sentencia del 29 de diciembre de 2009, cita online 70058121.

prevenir un daño mayor, podría encuadrarse dentro de una causa de justificación⁶⁵⁰.

A este respecto, vale hacer alguna aclaración sobre el nexo causal entre el hecho y el daño. Como se dijo anteriormente, el rol del magistrado no se limita a imputar responsabilidad por una causalidad natural, sino que la causalidad física debe iluminarse por las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la naturaleza de la obligación, a la medida del médico prudente medio. En este sentido, no es posible asimilar la causalidad física con la causalidad jurídica. No basta con que la secuencia de eventos materiales haya producido el daño para atribuir responsabilidad, es necesario que aquel daño haya sido humanamente previsible o evitable. En esta característica radica la diferencia entre la causalidad jurídica y la natural⁶⁵¹.

d. ADECUACIÓN ENTRE ACTUACIÓN Y *LEX ARTIS*

Ha dicho la Cámara Nacional Especial que “[e]l médico no puede incumplir los dictados de su ciencia sin incurrir en culpa”⁶⁵². En contrario, no puede existir responsabilidad en la producción de daños cuando el médico ha obrado conforme a su *lex artis*, pues esta actúa como causa de justificación⁶⁵³. En un caso más reciente, el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy llegó a la convicción que no había existido mala *praxis*, pues al haberse actuado de conformidad a la *lex*

⁶⁵⁰ Cfr. artículo 34º inciso 3º del CP.

⁶⁵¹ Ídem nota 561.

⁶⁵² CÁMARA NACIONAL ESPECIAL, SALA IV, sentencia del 11 de noviembre de 1985.

⁶⁵³ Cfr. artículo 34º inciso 4º del CP.

artis, no medió negligencia o impericia, y por tanto no existió nexo causal entre las prestaciones brindadas y el deceso del paciente⁶⁵⁴.

En efecto: la *lex artis* configura el estándar de práctica profesional que corresponde esperar de un galeno —tomando como referencia la conducta general de un facultativo promedio ante casos similares—⁶⁵⁵. A *contrario sensu*, la jurisprudencia ha atribuido responsabilidad al profesional que se ha apartado de las exigencias de su *lex artis*⁶⁵⁶. MORELLO y DE LA COLINA reconocen que la adecuación entre la *lex artis* y la actuación del médico es la piedra de toque para determinar el nivel de diligencia observada. En este sentido, han dicho que la diligencia consiste en

prestar a cabalidad las prácticas, medidas, conductas y requerimientos impuestos por la ciencia o arte médicos, traducidos en un conjunto de deberes (de atención, de información, de secreto, de seguimiento, de requerir el consentimiento informado, etc.) cuya inobservancia colorea el obrar con el tinte de la culpa profesional de donde —reunidos los restantes

⁶⁵⁴ Cfr. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE JUJUY, C., C. M. c/ Sanatorio Nuestra Señora del Rosario SA y V., R. s/ Ordinario por daños y perjuicios, 2022, cita online AR/JUR/59750/2022.

⁶⁵⁵ Cfr. CÁMARA NACIONAL COMERCIAL, SALA A, Rodríguez, Carmen Teresa y otro c/ Casares, Enrique Alberto y otro s/ Ordinario, sentencia del 17 de abril de 2012.

⁶⁵⁶ Cfr. CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO, SANTA FE, SALA 2, B. de L., M. D. y otros c/ spsa, noviembre 22-1978.

presupuestos configurativos del deber de indemnizar— le hace incurrir en responsabilidad a su autor.⁶⁵⁷

Sólo recién, cuando esta conducta debida e impuesta por la *lex artis* no se cumple, aparece la noción de responsabilidad subjetiva. En última instancia, será el juez quien deberá comparar dicha conducta con el comportamiento que exigen las circunstancias⁶⁵⁸.

En materia de responsabilidad penal, la adecuación de la conducta a la *lex artis* resulta especialmente relevante. Volvamos al caso de la cefalea y el mal de ojo⁶⁵⁹, agregando por hipótesis el deceso del paciente y evaluemos dos escenarios: 1) que el médico haya obrado conforme a la *lex artis* y 2) con una técnica incorrecta en contra de la práctica profesional. En ambos casos, ha existido una finalidad curativa.

En la primera hipótesis, atento a que la medicina es una ciencia falible, la muerte del paciente pudo haber ocurrido por una causa fortuita, imprevisible, inevitable o por el curso natural de la enfermedad. En estos casos, el profesional se encontraría amparado dentro de una causa de justificación por el ejercicio de su profesión médica y con ello no sería posible atribuir responsabilidad penal por

⁶⁵⁷ MORELLO, Augusto, DE LA COLINA, Pedro R., “Precisiones del Tribunal Supremo de España acerca de los deberes del médico de guardia”, *El Derecho – Diario* 223 (2007), p. 194, cita online ED-DCCLXIX-560.

⁶⁵⁸ Cfr. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1965, Tomo V, pp. 24 y 25.

⁶⁵⁹ Cfr. de este capítulo, 2.b. último párrafo.

atipicidad de su conducta⁶⁶⁰. En la segunda hipótesis, el médico que no actúa conforme a su *lex artis* podría ser imputado por homicidio culposo por imprudencia, negligencia e impericia en el ejercicio de su profesión⁶⁶¹ sin perjuicio de lo que correspondiera a las inhabilitaciones especiales por incompetencia o abuso en el desempeño de la profesión⁶⁶².

Ahora bien, ¿podría encontrarse justificado que el médico se aparte de su *lex artis* por pedido del paciente o *motu proprio*? En la medida que la *lex artis ad hoc* recomiende obrar en contra de la *lex artis general* por las particularidades del caso, o —como visto dicho antes— cuando se hubieran agotado los tratamientos disponibles, se encontrará justificado el apartamiento. Siempre que puedan acreditarse los principios de justicia, beneficencia y no maleficencia, la actuación del médico estaría justificada. Nada obsta que con posterioridad se juzgue la conducta del profesional a la luz de la proporcionalidad del tratamiento como última esperanza terapéutica.

Distinto será el apartamiento de la *lex artis* cuando hubiera alternativas terapéuticas disponibles o la práctica médica intentada no tuviera fundamento científico alguno. Sea que el apartamiento fuera motivado por el profesional o por el paciente, estaría injustificado.

⁶⁶⁰ Cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL, SALA L, C., R. P. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios (Resp. Prof. Médicos y Aux.), sentencia del 6 de agosto de 2013.

⁶⁶¹ Cfr. artículo 84^º del CP.

⁶⁶² Cfr. artículos 20^º bis y 207^º del CP.

Una consecuencia práctica de entender a la medicina como actividad de medios reside en que el profesional no se encuentra obligado a realizar intervenciones que no respondan a una finalidad terapéutica o no se encuentren dentro de la *lex artis*, aunque el paciente las solicite. En contrario, sí cabe responsabilidad al médico que realiza dichas prácticas, aunque sea de carácter disciplinaria, por el incorrecto ejercicio profesional incluso cuando de ella no se derive un daño directo al paciente⁶⁶³.

Con sus modulaciones, estas consideraciones se proyectan en el ámbito del Derecho Administrativo. Si la nota distintiva de las profesiones liberales es la autonomía científica y el sometimiento a las normas disciplinarias de la colegiación, ¿puede el profesional oponer como excepción al cumplimiento de la *lex artis* las órdenes de los superiores? O dicho al revés: los médicos que trabajan en establecimientos del sector público, ¿pueden ser alcanzados por la responsabilidad administrativa si desobedecen un mandato del superior por razones de su ciencia? En ambos casos la respuesta es negativa. Las órdenes administrativas son inoponibles al profesional para el ejercicio de la *lex artis*, pues su violación genera una responsabilidad subjetiva⁶⁶⁴, además de lo que corresponde en materia colegial.

⁶⁶³ Como los ámbitos de responsabilidad civil y profesional son distintos, es posible sostener un proceso disciplinario por incorrecto ejercicio de la profesión, aunque de ello no se derive ningún daño ni proceso civil. De una manera similar, el artículo 309^º *in fine* del CCyC hace pasible de sanciones a los funcionarios y escribanos por la inobservancia de algunas formalidades, aunque de ellas no se derive la nulidad del acto.

⁶⁶⁴ Cfr. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL, SALA E, *Velázquez Sabina, Benita c/ Clínica San Ramón s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 5 de junio de 2007, CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA D, *P. de L., D. c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, sentencia del 8 de febrero de 2006.

Como dice WÜST, en relación con los médicos que trabajan en efectores de salud públicos, “su calidad de dependiente importaría la aplicación dispuesta en los artículos 1764º y 1765º solo en el caso de responsabilidad administrativa, pero no en el caso de responsabilidad profesional”⁶⁶⁵.

En este sentido, es válido recordar la doctrina sentada en el fallo *Amengual*. Allí se sostuvo que, si bien es cierto que el ordenamiento concede facultades disciplinarias a los funcionarios, ellas no pueden entenderse en desmedro de las prerrogativas propias de los agentes que tienen a su cargo tareas especializadas. A esos agentes les corresponde garantizar las condiciones que la hagan viable y adoptar las medidas necesarias cuando esas condiciones no estén dadas. Más aún, sería una contradicción sostener que, siendo esas medidas idóneas, revistan al mismo tiempo el carácter de transgresión⁶⁶⁶. Evidentemente, en estos casos, resulta fundamental separar la materia esencialmente técnica que hace a la tarea médica y aquellas que hacen a la funcionalidad y al orden del servicio.

6. CONCLUSIONES

Comenzamos el capítulo planteando los últimos interrogantes de la primera parte de este trabajo. A saber:

⁶⁶⁵ WÜST, Graciela Cristina, “La responsabilidad médica en los efectores de salud públicos y privados a la luz de la reforma del Código Civil”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *El control de la actividad estatal*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, Tomo II, p. 578.

⁶⁶⁶ Cfr. CSJN, *Amengual, Francisco Antonio c/ Universidad Nacional de Cuyo*, Fallos 279:65, 1971, considerandos 11 y 12.

12) ¿a qué llamamos correcto ejercicio de la libertad de actuación médica?,

13) ¿bajo qué criterios se juzga el ejercicio profesional? y

14) ¿cuándo incurre en responsabilidad el profesional en el despliegue de la libertad de actuación médica?

Llegados a este punto podemos responder:

1. En la evaluación acerca del correcto ejercicio de la libertad de actuación, la doctrina, la jurisprudencia y el ordenamiento acuden al concepto de diligencia profesional en una doble vertiente: una abstracta a priori (médico *sui iuris*) y otra concreta a posteriori (médico *ad casum*). La primera refleja al médico razonable y prudente que se conduce por las reglas del arte profesional. La segunda, lo complementa estableciendo la medida de la diligencia según las circunstancias de tiempo, modo y lugar, muy particularmente, las del paciente.

2. Por lo difuso y amplio del concepto, se requieren parámetros más concretos para calificar al libre ejercicio profesional como diligente. En este sentido, es posible hablar de un ejercicio diligente de la libertad de actuación en la medida que se basa en la evidencia científica disponible y actual, no aborda de manera superficial la patología y confluye a una opinión técnica independiente. Por la naturaleza propia de la ciencia médica, el libre ejercicio profesional es falible.

3. Por tratarse la medicina de una actividad eminentemente de medios, el profesional no puede comprometer resultados al paciente. En este sentido, la libertad de actuación es un corolario de aquella. En efecto: el objeto obligacional consiste en poner a disposición del paciente su conocimiento y *expertise*, pero sin prometer la curación.

4. A la hora de juzgar el correcto ejercicio de la libertad, el juez debe dialogar con el conocimiento científico para arribar a una solución justa. Como no es un hombre de ciencia, se asiste de dictámenes técnicos los cuales pondera con otros elementos de la causa. El juez sólo puede apartarse de ellos cuando el error resulta grosero, grave e inexcusable.
5. El criterio seguido por la jurisprudencia exige de los profesionales una mayor diligencia en el ejercicio de la libertad de actuación motivada por el valor de los bienes en juego y la superioridad técnica del profesional. Dicho en otros términos: cuanto mayor sea el valor de los bienes en juego, es mayor el deber de seguridad, es mayor el deber de obrar diligentemente y con ello, son mayores la libertad y la responsabilidad. En los casos donde la *lex artis* es clara acerca del tratamiento que el profesional debió seguir, el juez analiza si la conducta se adecuó a ella o no. En los casos donde hay un margen de incertidumbre clínica u opinión, el criterio jurisprudencial es deferente a la elección médica.
6. En todos los órdenes de responsabilidad (disciplinaria, penal, civil y administrativa), el seguimiento de la *lex artis* opera como criterio normalizador de la actividad médica y causa de justificación.
7. Sin independencia de criterio para atender a los pacientes que se entregan al cuidado del médico no puede exigirse responsabilidad. En efecto, resultaría contradictorio exigir una labor profesional ética y responsable, y limitar su capacidad de decisión con factores ajenos a la ciencia médica.

SEGUNDA PARTE

LA OBJECIÓN DE CIENCIA MÉDICA



CAPÍTULO VIII

CONFLICTOS ENTRE LA LEY Y LA CIENCIA MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

Con la primera parte hemos querido resaltar la importancia de la libertad de actuación médica como piedra angular de la ciencia y la profesión de los médicos. En un primer momento, desde una mirada epistemológica, aparece como consecuencia natural del modo de conocer y actuar de la medicina. En un segundo tiempo, y desde una mirada jurídica, se nos ha mostrado como:

1. elemento distintivo de la profesión liberal,
2. contenido esencial del derecho constitucional al ejercicio profesional,
3. condición necesaria de validez científica, ética y jurídica del acto médico,
4. deber del profesional en beneficio del paciente,
5. causa o motivo de la competencia de los Colegios Profesionales en estas materias,
6. recaudo de razonabilidad del poder de policía sanitario,
7. componente de la diligencia médica,

8. presupuesto necesario de la responsabilidad profesional y
9. límite de la responsabilidad administrativa para los médicos que trabajan en el ámbito público.

En los últimos años, la medicina se ha enfrentado a singulares planteos que la desafían en su correcto ejercicio. A lo largo de las siguientes páginas, revisaremos cómo los principios a los que hemos arribado pueden verse afectados en casos concretos. De alguna manera, este capítulo pretende despertar la conciencia del lector sobre la trascendencia de la problemática abordada e ilustrar los peligros que se ciernen sobre la medicina.

En un primer momento, nos detendremos en diez casos paradigmáticos que espolean a reflexionar sobre el tema específico de esta segunda parte de la tesis. Estos ejemplos no dejan de ser una corta muestra de una realidad mucho más amplia. Advertirá el lector que hemos seleccionado casos en los que se pretendió restringir la libertad de actuación haciendo que el profesional ejerza una *mala ciencia*, una *mala medicina*. Los medios utilizados son variados: en algunas ocasiones, a través de actos de autoridad como una ley general, un decreto, actos administrativos o una sentencia judicial; en otras, a través de la solicitud directa del paciente en el marco de la relación sanitaria. Asimismo, por momentos se pretende y reclama del profesional una acción positiva, brindar determinada terapia. En otras, se exige una abstención frente a aquello que el médico considera debido.

A lo largo de esta exposición, una mención especial merecen algunos casos relevantes cuyos contornos pueden resultar vidriosos. Nos referimos a prácticas médicas que se encuentran en el centro del debate público y son motivo de particular atención. Además

de objeciones en materia moral o religiosa, algunos autores han planteado sus críticas técnicas por contrariar la evidencia científica, carecer de finalidad terapéutica, o resultar discutida su efectividad y seguridad. En esta inteligencia, trataremos casos relacionados con:

1. abortos no terapéuticos,
2. diagnóstico prenatal eugenésico,
3. dispensación de fármacos riesgosos,
4. prácticas para ayudar a morir y
5. tratamientos con bloqueadores hormonales en menores.

La complejidad que demanda el análisis de estas realidades excede por mucho el objeto de esta tesis. Por ello, sólo trataremos los aspectos directamente relacionados con nuestra investigación. Con un desarrollo que pretende ser breve pero incisivo, buscamos dar visibilidad a la discusión y mostrar cómo en la actualidad, subsisten en los profesionales tensiones entre la ciencia y la ley.

Luego, expondremos cómo estos ejemplos representan una amenaza concreta para la medicina y los pacientes. Conforme se verá, de esta problematización se pueden derivar —al menos— seis peligros claros y distintos. Por último, trazaremos cuatro principios reparadores necesarios para contrarrestar los daños que producirían y que debería contemplar una herramienta jurídica.

Como puntapié inicial, los interrogantes de este capítulo quedan planteados de la siguiente manera:

- §. 15. ¿existen casos en los que se haya restringido arbitrariamente la libertad de actuación médica del profesional? y
- §. 16. ¿qué consecuencias trajo esa restricción?

2. LA PROBLEMATIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

Los siguientes son casos reales en los que existe una dicotomía entre lo establecido por las normas jurídicas y el criterio de los profesionales. Los casos responden a deberes impuestos a médicos, tanto por decisiones administrativas, legislativas, judiciales o solicitudes del paciente.

A continuación, los desarrollaremos comenzando por la legislación alemana —de triste memoria— de la primera mitad del siglo XX. Con posterioridad, traeremos a colación otros ejemplos más recientes de América y Europa. Con esta diversidad buscamos mostrar cómo la problematización de la medicina no es atribuible a un grupo o a un momento histórico determinado.

Estos casos no son los únicos que admiten argumentos científicos para su rechazo. La doctrina médica ha planteado, a modo de hipótesis, otros escenarios que permitirían entablar una posible objeción científica. Así, por ejemplo, sería posible incoarla frente a:

1. pacientes hipertensos que solicitan una estatina de última generación para el tratamiento del colesterol⁶⁶⁷,

⁶⁶⁷ Cfr. GALÁN HERRERA, Sara...

2. pacientes con enfermedad cardíaca que solicitan un fármaco simpaticomimético inhalable como descongestivo nasal de venta libre⁶⁶⁸,
3. pacientes deportistas de alto rendimiento que acuden a la consulta con el nutricionista para solicitar una dieta vegetariana insuficiente para el nivel de su actividad física⁶⁶⁹ o
4. pacientes con TDAH para el uso de determinados fármacos en su tratamiento⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ GARCÍA SOLANS busca dar visibilidad a la contraindicación como justificativo para una objeción de ciencia: “Igual que puedo negarle un fármaco simpaticomimético, inhalable como descongestivo nasal de venta libre a un paciente con hipertrofia prostática o enfermedad cardíaca, o un compuesto con codeína a un paciente asmático, debería poder usar un protocolo similar al británico (<https://www.rpharms.com/>) y decidir si dispenso o no la PDD. La objeción de ciencia es un elemento previo a la dispensación, como los exámenes a la consecución de la titulación. [...] Si a partir de ahora lo que va a guiar las farmacias es la demanda social yo propongo hacer de uso publicitario la furosemida y torasemida para la retención de líquidos en mujeres”. Cfr. GARCÍA SOLANS, José Ramón, “Reflexiones tras el anuncio de la liberalización de la venta de la píldora del día después”, *Farmacéuticos Comunitarios* 1 (2009), p. 82.

⁶⁶⁹ Cfr. AA. VV., “Código Deontológico de la profesión de Dietista-nutricionista (D-n) en España”, *Rev. Esp. Nutr. Hum. Diet.* 22 (2018), p. 43.

⁶⁷⁰ CID FOIX plantea con datos estadísticos la conveniencia de evitar el uso de fármacos para el tratamiento de TDAH. Asimismo, sostiene que frente a las guías diseñadas para el tratamiento puede aplicarse la objeción de ciencia. En efecto, para sostener la objeción de ciencia a estos tratamientos afirma que “[e]l tratamiento del TDAH con psicoestimulantes mejora los síntomas en muchos de los pacientes tratados, pero no altera el curso de la enfermedad que a su vez, mejora con la edad”. Asimismo, continúa diciendo que “[a]l revisar estas publicaciones, se puede pensar que las guías de tratamiento propuestas hasta ahora por los grupos MTA —en USA y en Europa—, presentan objeción de ciencia

a. EL TRATAMIENTO DE PACIENTES PSIQUIÁTRICOS

En Alemania, distintos instrumentos normativos fueron utilizados por el Tercer Reich para legitimar la esterilización y eutanasia de enfermos mentales y asociales, durante la primera mitad del siglo XX. Estas leyes, ejecutadas a través de actos administrativos, llevaron a profesionales de la salud a colaborar con su aplicación, siguiendo inexorablemente las órdenes de los superiores⁶⁷¹. Algunos ejemplos de ello son:

1. el Decreto del Hambre de 1942,
2. la Ley “para la prevención de la descendencia de las personas con enfermedades hereditarias” de 1933 y
3. el Decreto de Eutanasia de 1939.

y de ética ya que: a) Los propios autores que las programaron, las critican ahora porque no estuvieron correctamente diseñadas. [...] b) En las dos publicaciones anteriores, hay una nota aclaratoria debido a que entre muchos de los autores e investigadores, que al mismo tiempo son los que elaboran las guías oficiales de tratamiento y las apoyan, hay un buen número que presentan conflictos de interés con los laboratorios farmacéuticos que fabrican y distribuyen los medicamentos para el tratamiento del TDAH...” Cfr. CID FOX, Ana, “Propuestas de políticas sociales con el objetivo de mejorar la calidad de vida en el trastorno por déficit de atención e hiperactividad”, *Cuadernos de Bioética* 2 (2011), pp. 238-239.

⁶⁷¹ Son especialmente elocuentes las palabras de una enfermera que participó de esas prácticas y refleja su comportamiento frente a la norma. “*I pitied the patients and was not asked whether I wanted to or not; I had to follow the doctors’ order. I felt obliged to abide by my oath of duty. When I am now told that my oath of duty only obliged me to keep silence, but not to actually kill, then I answer that someone had to do it and the doctor said I was the one who had been chosen. The doctor trusted me to carry out his orders*”. Cfr. VON CRANACH, Michael, “The killing of psychiatric patients in Nazi Germany between 1939-1945”, *Isr J Psychiatry Relat Sci* 40 (2003).

El Decreto del Ministerio del Interior de Baviera del 30 de noviembre de 1942⁶⁷² disponía que las condiciones de salud mental de los internos en centros de curación tornaban injustificable dispensar una misma alimentación. Por este motivo, el Decreto ordenaba a los directores de los centros de salud una mejor dieta a aquellos que realizaran trabajos útiles o se encontraran en tratamientos con mayores expectativas de mejora. Según los dichos de los profesionales intervinientes, la dieta indicada para estos pacientes (conocida como Dieta E o *Hungerkur*) no aportaba ningún valor nutricional, sino que tenía la intención deliberada de causar la muerte por inanición⁶⁷³.

La Ley de 1933 establecía que los enfermos congénitos podían ser esterilizados mediante una intervención quirúrgica, cuando existiera probabilidad suficiente que su descendencia sufriera lesiones del tipo físico o mental. Entre las enfermedades congénitas se mencionaban: la debilidad mental, la esquizofrenia, la demencia maniacodepresiva, la epilepsia, la malformación corporal grave y el alcoholismo. Según el texto de la norma, la esterilización podía ser solicitada por el mismo interesado, por sus representantes con autorización del Tribunal de Menores, o por funcionarios públicos. Una vez despachada la solicitud, y acordada la esterilización por la resolución, el paciente tenía dos semanas para presentarse al quirófano. Cumplido ese plazo, la autoridad podía disponer la comparecencia forzosa con el auxilio de la fuerza pública.

⁶⁷² El texto original puede consultarse en: https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/images/2/2a/Hungerkosterlass_Mainkofen.jpg.

⁶⁷³ La descripción de la Dieta E puede consultarse en Cfr. VON CRANACH, Michael...

Del otro lado del Atlántico, encontramos la Ley de Esterilización del Estado de Virginia del 20 de marzo de 1924 que sería posteriormente refrendada por la Corte Suprema norteamericana en el histórico fallo *Buck vs. Bell* cuyos comentarios han sido desarrollados en los capítulos anteriores⁶⁷⁴. Hasta no hace muchos años, en Argentina el ordenamiento permitía la práctica de la esterilización forzosa por motivos de salud mental, sin mediar el consentimiento del paciente⁶⁷⁵. Recién en 2021, con la reforma impulsada por la Ley 27.655, se reconocerá el derecho a brindar el consentimiento a las personas con discapacidad, sin excepción.

Sin necesidad de volver sobre la crítica acerca de la espuria finalidad de las normas citadas⁶⁷⁶, cabe hacer un análisis desde la perspectiva médica. En cuanto acto sanitario, la esterilización no resulta una terapia adecuada para prevenir o tratar enfermedades mentales. Las adicciones, la debilidad mental, la esquizofrenia, la demencia maniaco-depresiva y la epilepsia son enfermedades complejas que pueden tener múltiples causas, como factores genéticos, ambientales y psicológicos. Por el contrario, la esterilización es una forma de controlar la fertilidad que carece de relación directa con la prevención de enfermedades mentales. Más allá que esta terapia podría considerarse apropiada para algunos casos excepcionales distintos a los planteados (por ejemplo, riesgo serio de la vida de la

⁶⁷⁴ Cfr. nota 233.

⁶⁷⁵ Cfr. artículo 3º de la Ley 26.130 (actualmente derogado): “Excepción. Cuando se tratare de una persona declarada judicialmente incapaz, es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla”.

⁶⁷⁶ Cfr. de este trabajo, V.4.b.

mujer o la persona por nacer frente a un futuro embarazo), resulta inadecuada para la finalidad propuesta y, además, existen medios alternativos menos gravosos para el tratamiento de estas enfermedades.

b. LA CROTOXINA A Y B

En Argentina, durante la década de 1980 se desarrolló una línea de investigación sobre los efectos terapéuticos del complejo *crotovina A y B*. Pese a encontrarse en etapa de exploración dentro de un estudio autorizado⁶⁷⁷, los representantes de un menor internado a causa de un neuroblastoma grado 4, solicitaron a los médicos acceder al suministro experimental. Como el menor no integraba la población investigada, los profesionales decidieron rechazar el pedido de la familia. Fruto de esta negativa, los padres solicitaron la autorización al órgano judicial.

El juez de primera instancia desestimó la pretensión —entre otros motivos— porque la droga se encontraba en etapa experimental. Por el carácter no probado —entendió el juez— el número de pacientes aleatorizados no podía tacharse de irrazonable, sino que se encontraba dentro del ámbito de discrecionalidad técnica del órgano administrativo. Por este motivo, la incorporación del paciente al grupo investigado no resultaba mandatorio para el Ministerio de Salud. Disconforme con lo resuelto en la instancia originaria, los

⁶⁷⁷ Cfr. Resolución 522/1986 del MS.

representantes del menor apelaron el fallo a la Cámara y posteriormente a la CSJN.

En un fallo que hemos tenido oportunidad de comentar previo a este trabajo⁶⁷⁸, el máximo tribunal rechazó la pretensión de la parte actora pues no se encontraba acreditada evidencia científica suficiente para exigir al Ministerio demandado la provisión de dicho tratamiento⁶⁷⁹.

c. DISPENSACIÓN FARMACÉUTICA DE LA PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE

La cercanía que existe entre las ciencias médica y farmacológica resulta evidente. Médico y farmacéutico se requieren recíprocamente y en su trabajo colaborativo completan la estrategia terapéutica. Incluso desde el conocimiento intuitivo es posible reconocer esta relación que los vincula estrechamente. Basta pensar que el paciente de ordinario debe mostrar la receta, la prescripción médica, para acceder a lo que vulgarmente se conoce como “su medicina”. Por esta cercanía, resulta plausible analizar supuestos que, con las adaptaciones del caso, permiten mostrar la problematización de la ciencia médica.

Entre los métodos anticonceptivos actualmente disponibles se encuentra la llamada Píldora del Día Siguiente. Este anticonceptivo

⁶⁷⁸ MENENDEZ, Federico G., “Crotoquina y SARS Co-V: En un nuevo aniversario del Fallo Cisilotto”, *El Derecho – Revista de Derecho Administrativo* 8 (2020), cita online ED-CMXXV-523.

⁶⁷⁹ Con el correr de los años se demostró que los datos de esta investigación estaban falsificados.

de urgencia contiene el principio activo *levonorgestre*⁶⁸⁰ y su uso se encuentra extendido en distintos países. Conforme resulta de la Resolución 232/2007 del Ministerio de Salud argentino, el fármaco se halla comprendido en el Programa Médico Obligatorio y debe ser cubierto por obras sociales y empresas de medicina prepaga.

Es de conocimiento público que muchos químicos han abogado por su utilización, afirmando que aquella pareciera satisfacer los recaudos de seguridad y efectividad para evitar los denominados embarazos no deseados⁶⁸¹. No obstante, también se conoce que algunos farmacéuticos han advertido sobre las complicaciones generadas por la ingesta de esta píldora. Por ejemplo —aunque la cuestión sigue en debate— un buen número de profesionales consideran que el consumo de *levonorgestre* tiene claros efectos abortivos y su seguridad es discutida⁶⁸². Otros estudios sugieren que este compuesto produce daños en el organismo de la mujer y por ello

⁶⁸⁰ La información relativa a este fármaco puede consultarse en la *website* de la Clínica de Mayo en <https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/morning-after-pill/about/pac-20394730>.

⁶⁸¹ Cfr. BAILÓN MUÑOZ, Emilia y ARRIBAS MIR, Lorenzo, “La píldora del día después: una segunda oportunidad”, *Atención Primaria* 29 (2002), pp. 430-432.

⁶⁸² Más adelante en este trabajo, haremos referencia a los potenciales efectos abortivos de este fármaco en X.4.a, cuando expongamos un caso resuelto por el Tribunal Constitucional español. Para ampliar sobre los inconvenientes sobre su dispensación, cfr. MORALES GUZMÁN BARRÓN, Rossana, “La objeción de conciencia y el estudiante de Medicina”, *Revista Sociedad Peruana de Medicina Interna* 21 (2008), p. 80.

desalientan su consumo⁶⁸³. Asimismo, experimentos como el de GLASIER *et al.*⁶⁸⁴, parecen demostrar que no hay evidencia contundente acerca de la disminución de la tasa de embarazos no deseados ni de abortos, luego del consumo de la píldora. LÓPEZ GUZMÁN afirma que muchos de los estudios relacionados con este compuesto han sido publicados de forma sesgada o parcial, lo cual les resta credibilidad y podría llegar a configurar un caso de mala *praxis*⁶⁸⁵. Otros,

⁶⁸³ PINZÓN y LÓPEZ consideran que entre las reacciones más comunes aparecen alteraciones en el ciclo menstrual, cefaleas, mareos, vómitos, dolor abdominal y cervical, fatiga y sensibilidad en los senos. Asimismo, se han reportado casos más severos relacionados con complicaciones en los ovarios, sangrado o incluso depresión, a causa de la alteración hormonal. Cfr. PINZÓN MARTÍNEZ, Myriam y LÓPEZ WILCHES, Fideligno, "Percepción sobre las reacciones adversas del método anticoncepción de emergencia, en la población femenina fértil en el periodo de julio 2016 a junio 2017 en la zona 10 de Engativá del Noroccidente de Bogotá D. C.", *AAL Química Farmacéutica* 410 (2017). En el mismo sentido, cfr. ACEVEDO-OSORIO Germán Obed, *et al.*, "Conocimiento y uso de método anticonceptivo de emergencia en estudiantes universitarios", *Univ. Salud* 21 (2019), pp. 159-165 y CONTRERAS-MANDUJANO, Juan Carlos, *et al.*, "Conocimiento y uso de la píldora de emergencia en jóvenes universitarias de Tabasco", *Revista Horizonte Sanitario* 17 (2018), pp. 227-234.

⁶⁸⁴ Cfr. GLASIER Anna, *et al.*, "Advanced provision of emergency contraception does not reduce abortion rates", *Contraception* 69 (2004), pp. 361-366. Otros estudios afirman que la utilización de píldoras anticonceptivas ha elevado los casos de infecciones de transmisión sexual en mujeres de 15 a 24 años. Sobre esto último, cfr. DURRANCE, Christine Piette, "The effects of increased access to emergency contraception on sexually transmitted disease and abortion rates", *Economic Inquiry* 2012, pp. 1682-1695 y GIRMA, Sourafel, PATON, David, "The impact of emergency birth control on teen pregnancy and STIs", *J. Health Econ* 30 (2011), pp. 373-380.

⁶⁸⁵ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, José, "Sesgos en la publicación sobre el mecanismo de acción de la píldora del día siguiente", *Cuadernos de Bioética* 2 (2011), pp. 169-184.

sencillamente sugieren que la libre dispensación no parecería ser una buena estrategia de salud pública⁶⁸⁶.

Asimismo, ilustra esta discusión que en 2022 la Asociación Española de Farmacia Social ha emitido una declaración rechazando la petición de varias sociedades científicas, que solicitaban eliminar el requisito de prescripción médica para dispensar determinadas píldoras contraceptivas⁶⁸⁷. En el documento se cita el prospecto aprobado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para los preparados a base de *desogestrel*, y se mencionan sus contraindicaciones y precauciones⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Cfr. AA. VV., *Nuevos retos...*, p. 122.

⁶⁸⁷ El “Posicionamiento de la Asociación Española de Farmacia Social ante la petición de eliminar la prescripción médica para la dispensación de las píldoras contraceptivas con progestágeno solo” puede consultarse en <https://aefasocial.org/posicionamiento-de-la-asociacion-espanola-de-farmacia-social-aefas-ante-la-peticion-de-eliminar-la-prescripcion-medica-para-la-dispensacion-de-las-pildoras-contraceptivas-con-progestageno-solo/>. Son especialmente llamativas las palabras del documento donde dice:

Resulta inaceptable que, en este caso, la petición liberalizadora provenga de algunas sociedades científicas de médicos de asistencia primaria, de familia y farmacia comunitaria, cuya responsabilidad es velar por la seguridad y eficacia de los tratamientos, objetivo al que no contribuye la omisión de la labor de diagnóstico y seguimiento de las mujeres candidatas a ellos. En contraposición, no existe evidencia, como se ha argumentado, de que estas prácticas liberalizadoras con supresión de control médico y dispensación libre y gratuita contribuyan a reducir las tasas de embarazos no deseados y abortos.

⁶⁸⁸ El prospecto se encuentra disponible el 2 de junio de 2023 en internet en https://cima.aemps.es/cima/dochtml/p/76226/Prospecto_76226.html. Entre las contraindicaciones se menciona: embarazo conocido o sospechado,

En esta línea, y como tuvieron ocasión de resolver el Tribunal Constitucional español⁶⁸⁹ y su par peruano⁶⁹⁰, más allá de la afectación a las convicciones íntimas, religiosas o morales del profesional, por la discusión científica abierta, podría existir una objeción médico-farmacéutica a la prescripción de esta clase de compuestos. En caso contrario, los profesionales se encontrarían obligados a dispensar fármacos contra su criterio científico, ocasionando daños al paciente, de manera consciente.

d. EL EXPENDIO DE CANNABIS PARA USO RECREATIVO EN FARMACIAS

En Uruguay, la Ley 19.172 autorizó la venta de cannabis con fines medicinales y recreativos. Según el texto de la norma, su finalidad radicaba en “proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico”⁶⁹¹. Meses más tarde, el Decreto 120/2014 reglamentó la norma y, a través de un sistema de licencias especiales, facultó a las farmacias a

tromboembolismo venoso activo, tumores progestágeno-dependientes, presencia o antecedentes de trastornos hepáticos graves, hemorragia vaginal no diagnosticada, entre muchos otros. Entre las precauciones aparecen: riesgo de diagnóstico de cáncer de mama, cáncer hepático, entre muchas otras.

⁶⁸⁹ Cfr. STC 145/2015. Esta sentencia será tratada con mayor detalle en el X.4.a. de este trabajo.

⁶⁹⁰ Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N.º 02005-2009-PA/TC. El texto completo se encuentra disponible en internet en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>.

⁶⁹¹ Cfr. artículo 4º de la Ley 19.172.

expendir “hasta 10 gramos semanales con un máximo de 40 gramos mensuales de Cannabis psicoactivo para el uso personal”⁶⁹².

Sin perjuicio que en el texto no aparece expreso ni razonablemente implícito un deber de las farmacias de expendir estos compuestos, en el ambiente comenzó a percibirse cierta preocupación, luego de algunas declaraciones de autoridades uruguayas⁶⁹³. En efecto, la Subsecretaría del Ministerio de Salud Pública expresó que “eventualmente podría ser obligatorio que las farmacias expendan marihuana”⁶⁹⁴.

Frente a esta realidad, los químicos farmacéuticos no tardaron en expresar su disconformidad. FURTENBACH DOMÉNECH recoge los argumentos esbozados por varios profesionales de este ámbito⁶⁹⁵. Dos de ellos resultan especialmente relevantes para nuestra investigación. El primero hace referencia al carácter no terapéutico de la llamada marihuana no medicinal. Conforme se luce de lo expresado por los farmacéuticos, el cannabis para uso recreativo no es un producto de salud y por tanto no debe encontrarse dentro de una farmacia. Más allá de la postura personal de los farmacéuticos acerca

⁶⁹² Cfr. artículo 2º inciso v) del Decreto 120/2014. En el mismo sentido, cfr. artículos 32º, 33º, 35º y 36º del mismo Decreto.

⁶⁹³ Cfr. FURTENBACH DOMÉNECH, Ruth, “La objeción de conciencia a la venta de marihuana en las farmacias del Uruguay”, *Revista de Derecho* 12 (2015), pp. 77-100.

⁶⁹⁴ Cfr. Nota periodística “MSP advierte que las farmacias no podrán negarse a vender cannabis”, disponible en <http://www.elpais.com.uy/informacion/msp-advierte-farmacias-venta-marihuana.html> el 2 de enero de 2023.

⁶⁹⁵ Cfr. FURTENBACH DOMÉNECH, Ruth..., p. 84.

del consumo de la sustancia, corporativamente denunciaban la inconveniencia que sea una farmacia, la entidad que se encargue de la venta del psicotrópico. Por ejemplo, en otros países donde la venta de estas sustancias se encuentra regulada, el expendio del producto se realiza en espacios ajenos al ámbito sanitario, pudiendo adquirirse en comercios autorizados⁶⁹⁶.

El segundo hace referencia al carácter nocivo que presenta la sustancia. Han sostenido que la farmacia es un “centro de salud” y el expendio de un compuesto dañino significaría un retroceso en la promoción de la salud de la población, al igual que si se exigiera la venta de alcohol o tabaco en su sede.

e. ABORTOS NO TERAPÉUTICOS Y DIAGNÓSTICO PRENATAL EUGENÉSICO

A lo largo de los años, pero más intensamente en los siglos XX y XXI, el aborto ha sido un tema controvertido provocando polémicas en muchos ambientes. Como otros tópicos que abordan nociones fundamentales del género humano, su discusión no pertenece a una

⁶⁹⁶ El fenómeno es singular: en países como Canadá, el cannabis con fines recreativos es legal desde el año 2018 luego de la sanción de la *Cannabis Act*. El expendio no es privativo de la farmacia, sino que la ley deja la libre regulación a las autoridades locales a través de autorizaciones administrativas especiales. Artículo 69º inciso 1º: “*Provincially authorized selling. A person may possess, sell or distribute cannabis if the person is authorized to sell cannabis under a provincial Act that contains the legislative measures referred to in subsection*”. En efecto, el estatus profesional no es un requisito para la solicitud de la mentada autorización. Cfr. *Retail Cannabis Store Handbook, Policies*, puntos 2.2. y siguientes, disponible en <https://aglc.ca/cannabis/cannabis-legislation-and-policies/cannabis-handbooks/retail-cannabis-store-handbook/rcsh-application-review>.

única parcela del conocimiento. En efecto: este tema ha sido estudiado desde la Filosofía, la Ética, la Teología y, por supuesto, la Medicina.

La discusión sobre el aborto ha permitido profundizar en el tradicional concepto de objeción de conciencia. No obstante, desde hace algunos años, han aparecido otras derivaciones del mismo fenómeno, que se encuentran íntimamente relacionados con la perspectiva científica. Desde esta última dimensión, y más allá de las discusiones al respecto, muchos profesionales han afirmado que existen argumentos estrictamente técnicos y científicos para rechazar justificadamente el aborto en general y en particular.

En algunos casos, la postura profesional es claramente abolicionista. Un primer fundamento se basaría en la singularidad del patrimonio genético propio del embrión, lo que llevaría a sostener el comienzo de esa vida desde su concepción y cualquier atentado directo contra ella sería opuesto a los fines del arte de curar⁶⁹⁷. También, el rechazo profesional estaría justificado por el conocimiento de los daños producidos en las personas que se someten a ellas⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ En efecto, se sostiene que “la muerte de una vida humana no entra dentro de la praxis específicamente médica, es decir, terapéutica de su profesión”. NAVARRO-VALLS, Rafael, “La objeción de conciencia en el aborto. Nuevos datos”, en GUITARTE IZQUIERDO, Vidal y ESCRIVÁ IVARS, Joaquín Javier (Coord.), *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Valencia, 1993, p. 109.

⁶⁹⁸ Cfr. AA. VV., *Nuevos retos...*, p. 122. Según un estudio de 2021, luego de consultar a 127 centros hospitalarios ingleses, al menos 11.000 mujeres sólo en Inglaterra han tenido complicaciones que requirieron el ingreso en nosocomios a causa de la práctica de abortos químicos. Según indica el estudio, del total de

En la actualidad, estos argumentos (entre muchos otros más) son compartidos por una amplia mayoría dentro de la comunidad científica, lo cual se verifica en los Códigos de Ética. Estas consideraciones han llevado a los profesionales a sostener que el rechazo al aborto, además de moral, sería principalmente médico⁶⁹⁹.

mujeres que se sometieron a un aborto químico, casi un 6% debió ser derivada a un centro de salud por problemas derivados de abortos incompletos. (Cfr. FOI Investigation into Medical Abortion Treatment Failure, disponible en <https://percuity.files.wordpress.com/2021/10/foi-ma-treatment-failure-211027.pdf> el 2 de junio de 2023).

⁶⁹⁹ NAVARRO-VALLS sostiene agudamente que el aborto puede objetarse a partir del consenso científico acerca de “la singularidad del patrimonio genético del embrión, la continuidad de su crecimiento somático, los mecanismos de lo que se ha llamado el coloquio bioquímico con la madre y, en definitiva, el grado de independencia ontológica de ella”. NAVARRO-VALLS, Rafael, “La objeción de conciencia en el aborto. Nuevos datos” en GUITARTE, Vidal y ESCRIVÁ, Joaquín, *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Generalitat Valenciana y Consejo General del Poder Judicial, Valencia, 1993, p. 100. Por su parte, afirman RAMOS VERGARA y OLIVARES OSORIO que el aborto no constituye un acto médico porque subvierte el fin de la medicina. Cfr. RAMOS VERGARA, Paulina y OLIVARES OSORIO, Patricia, “¿Objeción de conciencia y/o de Ciencia en el actuar médico?”, *Analisis* 24 (2019), pp. 111–118. En el mismo sentido, cfr. RODRIGUEZ, Esteban, “La extensión...”, p. 55; APARICIO ALDANA, Rebeca Karina..., p. 334. En un sentido similar, cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, “Objeción de conciencia en la práctica médica: cuando los conflictos de conciencia se plantean por el buen hacer profesional”, *Nota en Diario Aceprensa* del 23 de julio de 2008, p.4. Esta última autora sostiene: “La razón esencial que justifica la oposición del personal sanitario al aborto es que participar en la destrucción de la vida de un feto humano no es un acto médico”. Igualmente, HANNA DE ROSA..., pp. 234-235; entre muchos otros. Más recientemente, en las audiencias con peritos en el caso *Beatriz y otros v. El Salvador*, frente a la CIDH, el médico Barahona criticó las guías de la OMS sobre uso de misoprostol en embarazadas más allá de las catorce semanas. Según el profesional, la administración de este fármaco no debe guiarse por el tiempo de embarazo, sino por el tamaño del útero. Asimismo, propuso otras

También se han dado casos en los que el profesional comparte de manera general la práctica del aborto como acto sanitario, pero en determinadas circunstancias, a la luz de una postura pragmática, su ciencia le indica la inconveniencia de seguirlo. El caso *Rodríguez Lastra*, previamente comentado⁷⁰⁰, es especialmente ilustrativo. Cuando la embarazada llegó a la consulta, su *expertise* le indicó que se trataba de un parto pretérmino y el aborto no era una terapia aconsejada. El médico había practicado con antelación abortos a otras pacientes y, naturalmente, no se encontraba incluido en el registro de objetores de conciencia que establecía la Ley 4796 de Río Negro. Esta circunstancia fue ponderada en el veredicto, el cual sostuvo:

De esto último puede inferirse que al menos a esa fecha no tenía el acusado una postura personal pública contraria a la práctica del aborto, al menos en los casos atendidos en la ley.⁷⁰¹

Como recordará el lector, el profesional fue declarado culpable por incumplimiento de los deberes de funcionario público. Este caso

alternativas al uso del fármaco y la práctica del legrado pese a que este último se encontraría contraindicado por la OMS. Por otra parte, el médico Ortiz destacó la importancia de dictar protocolos a partir de evidencia científica para evitar casos disvaliosos. La audiencia completa puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=K-6PIAov2fc>.

⁷⁰⁰ Cfr. de este trabajo, III.2.c.

⁷⁰¹ TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN DE RÍO NEGRO, *Rodríguez Lastra, Leandro Javier s/ Incumplimiento de los deberes de funcionario público*, sentencia del 4 de octubre de 2019, del voto del Ministro Álvaro Meynet sobre la segunda cuestión, considerando 1, párrafo 11.

debe leerse en el contexto del debate argentino sobre la Ley de interrupción voluntaria del embarazo. La Ley 27.610 regula el acceso a esta práctica y la atención postaborto. Conforme resulta del articulado de la norma, se crea el derecho a decidir la interrupción del embarazo hasta la decimocuarta semana de gestación y requerir la atención para realizarlo en los sistemas de salud. Fuera de ese plazo, la interrupción puede practicarse en caso de violación o si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la mujer⁷⁰². En todos los casos, la mujer tiene derecho a ser asistida dentro de los diez días corridos desde su requerimiento⁷⁰³.

Tratándose de la contracara del derecho a requerir un aborto, la misma norma prohíbe al personal sanitario negarse a realizarlo cuando la salud de la mujer estuviere en peligro⁷⁰⁴. Una omisión de esta naturaleza daría lugar a sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles. Más aún, la norma no solo regula el fenómeno del aborto como un derecho, sino que crea un tipo penal. Así, el nuevo artículo 85º *bis* afirma:

Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente,

⁷⁰² Cfr. artículo 2º de la Ley 27.610.

⁷⁰³ Cfr. artículo 5º de la Ley 27.610.

⁷⁰⁴ Cfr. artículo 10º párrafo 5º de la Ley 27.610.

obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

Permitiéndonos una simplificación, de lo anterior se deriva que la negativa del profesional al aborto resulta una típica figura delictiva.

Es un hecho que existen profesionales que abogan por la utilidad del aborto como terapia. No obstante —y aunque la discusión pertenezca al ámbito médico— es necesario visibilizar un problema más amplio. La norma exige del profesional una prestación (terapéutica o no) que choca directamente con la valoración científica que pueda realizar el médico para el caso concreto. En este supuesto, la negativa no es producida por el sistema de creencias del profesional, sino por su conocimiento pragmático de la terapia para el paciente individual. Es decir, la norma tal como ha sido concebida, restringe la elección terapéutica de todos los médicos, incluso de aquellos que abogan por el reconocimiento del aborto como derecho. Así, quedan sujetos a responsabilidad tanto el abolicionista como quien, practicándolo habitualmente, en un caso concreto considerase que no es la terapia indicada.

Muchas veces la práctica del aborto es precedida por un diagnóstico prenatal⁷⁰⁵. Como dice RODRÍGUEZ MARTÍN, si bien no todo

⁷⁰⁵ La OMS define el diagnóstico prenatal como “toda aquella acción diagnóstica encaminada a identificar un defecto congénito, entendiéndose por tal toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacimiento (aunque pueda manifestarse más tarde) externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple”. La definición surge de los

diagnóstico implica necesariamente un aborto por riesgo fetal, es un hecho que son realizados con el fin de proporcionar “opciones reproductivas”, entre ellas, la interrupción voluntaria⁷⁰⁶. Por un lado, en la medida que el profesional es obligado a ejercer una acción capaz de contribuir a un aborto, puede predicarse lo que sostuvimos precedentemente. Por otro, los autores han advertido sobre los riesgos clínicos *per se* que existen en la mujer y el *nasciturus*, por el diagnóstico y las prácticas de cribado, y cómo estos riesgos justifican evitar su ejecución⁷⁰⁷.

protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia de 1994, recogidos de los Comités de trabajo de la OMS de 1970, 1975 y 1982. La Ley española de Investigación Biomédica 14/2007 de 3 de julio, lo conceptualiza como consejo genético, el cual define como “el procedimiento destinado a informar a una persona sobre las posibles consecuencias para él o su descendencia de los resultados de un análisis o cribado genético y sus ventajas o riesgos y, en su caso, para asesorarla en relación las posibles alternativas derivadas del análisis”. Cfr. artículo 3º inciso e) de la ley.

⁷⁰⁶ RODRÍGUEZ MARTÍN, Esteban..., p. 150. En el mismo sentido, cfr. JOUVE DE LA BARRERA, Nicolás, “Vida humana, persona, dignidad y eutanasia”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 28 (2012), pp. 313-316; y GARCÍA PARDO, David y MARTÍ SÁNCHEZ, José María, *La religión ante la ley. Manual de Derecho Eclesiástico*, Digital Reasons, Madrid, 2015, p. 170.

⁷⁰⁷ Ibid. A mayor abundamiento sobre las objeciones de orden técnico, ético y jurídico a los diagnósticos prenatales, recomendamos la lectura de LAFFERRIERE, Nicolás, *Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2011, 1ª Ed.

f. ELECCIÓN SOBRE LA MODALIDAD DE PARTO CON RIESGO PARA EL *NASCITURUS*

En Asturias (España), una mujer que se encontraba cursando un embarazo de cuarenta y dos semanas acudió a la consulta médica para realizar los últimos controles de bienestar fetal. Según las constancias de la causa, la pareja había decidido proceder con un parto domiciliario y así evitar el ingreso en la institución de salud. Por tratarse de una gestación prolongada, los médicos del Hospital Universitario Central de esa ciudad recomendaron a la mujer la inducción al parto, conforme el protocolo del servicio y la evidencia aportada por las principales sociedades científicas internacionales. La pareja manifestó que tomarían la decisión luego de consultar con los profesionales privados que estaban controlando el embarazo.

A pesar de los intentos del equipo profesional, no lograron un contacto posterior con la pareja. Configurado el silencio de la madre, y con grave riesgo del *nasciturus* de sufrir una hipoxia fetal y muerte intrauterina, los profesionales pusieron en conocimiento a las autoridades del establecimiento. Estas notificaron al órgano judicial competente quien, previa vista al Ministerio Fiscal y sin comparencia de la embarazada, dispuso el ingreso involuntario en el establecimiento de salud, para la inmediata práctica del parto inducido.

En Cipolletti (Argentina) se produjo un caso similar⁷⁰⁸. Una mujer que cursaba un embarazo riesgoso ingresó al Hospital zonal.

⁷⁰⁸ Cfr. JUZGADO DE FAMILIA DE CIPOLLETTI, *Hospital de Cipolletti s/ Medida autosatisfactiva*, cita online MJ-JU-M-134678-AR, 2021.

Según los dichos de los médicos, la paciente había tenido solamente un control prenatal y presentaba un cuadro severo de anemia. Esta circunstancia agravaba la vida del *nasciturus* cuya frecuencia cardíaca disminuía con cada ecografía. Con estas circunstancias y para terminar el proceso de gestación, los profesionales indicaron a la madre un parto natural urgente, con posibilidad de cesárea si sufriese complicaciones, pues la vida del concebido corría peligro. Frente a esta indicación, y pese al riesgo conocido, los progenitores negaron el consentimiento para la cesárea, insistiendo en la elección del parto natural, sin dar mayores motivos de oposición. Con esta negativa, las autoridades del Hospital solicitaron intervención del Juzgado de Familia para autorizar la cesárea en caso de ser necesaria. Luego de recoger los antecedentes clínicos y la opinión del Defensor de Menores, la jueza hizo lugar a la medida autosatisfactiva interpuesta por el Hospital, llevando adelante el parto en los términos indicados por el equipo profesional.

g. PRÁCTICAS EUTANÁSICAS

Al igual que en otros países, la Ley Orgánica 3/2021 del 24 de marzo reguló en España el derecho a solicitar y recibir la ayuda para morir. Conforme resulta de su artículo 13º, la prestación de ayuda a morir debe incluirse en la cartera común de servicios del sistema nacional de salud, siendo de financiación pública. Entre los distintos puntos que la ley abordó se encuentran:

1. el procedimiento que ha de seguirse,
2. las garantías que deben observarse,
3. los deberes del personal sanitario y

4. las obligaciones de las administraciones e instituciones concernientes a la prestación de este servicio.

Luego del dictado de esta ley, algunos profesionales sanitarios han manifestado su disconformidad. El Comité de Bioética español sostuvo que en algunos supuestos, podría invocarse una objeción de ciencia pues el rechazo a la práctica eutanásica no es sólo moral, sino científico⁷⁰⁹. Expresó que, si el criterio médico determina que no están reunidos los recaudos para aplicarla (enfermedad grave e incurable, o crónica e invalidante)⁷¹⁰, no procedería un planteo de objeción de conciencia, ya que no habría un imperativo moral de obedecer.

Asimismo, han sostenido que el actual estado de la ciencia y la técnica hace desechar la idea de que la asistencia para morir sea una solución adecuada para aliviar el sufrimiento ante situaciones graves y terminales. Algunos médicos han afirmado que, por la experiencia asistencial a estos tipos de enfermos, existen alternativas para aliviar el sufrimiento antes que adelantar su muerte, como son los cuidados integrales o incluso la sedación paliativa. En la misma dirección, la Asociación Médica Mundial ha reiterado su rechazo a la

⁷⁰⁹ “Si, por sus conocimientos el paciente no cumple las circunstancias de padecer una «enfermedad grave e incurable» o, en su caso, «crónica e invalidante», no se está ante la obligación de aplicar eutanasia (no hay imperativo moral). Se podría hablar de «objeción de ciencia». No tendría lugar la objeción de conciencia ni le sería por tanto exigible el registro por motivos ideológicos o de creencia religiosa”. Cfr. CBE, *Informe del Comité de Bioética de España sobre la Objeción de Conciencia en relación con la prestación de ayuda para morir en la Ley Orgánica reguladora de la Eutanasia*, 3 de agosto de 2021.

⁷¹⁰ Cfr. artículos 3º incisos b) y c) y 5º inciso d) de la ley.

eutanasia, manteniendo firme su oposición a esta práctica y al suicidio asistido⁷¹¹.

Por último, refrendando un documento de la Comisión Central de Deontología de la OMC⁷¹², el Comité ha expresado que la práctica eutanásica no integra la categoría de acto médico, sino que contraría los fines de la medicina⁷¹³. Por tanto, actos de esta naturaleza se encontrarían fuera de la *praxis* médica, pero, paradójicamente, dentro de las obligaciones legales del profesional sanitario⁷¹⁴.

h. LA OZONOTERAPIA

En Valencia (España) un paciente se hallaba internado en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Universitario de La Plana, por una neumonía bilateral a causa del Covid-19. Visto el cuadro, la familia se reunió con el equipo médico para solicitar la práctica de ozonoterapia como tratamiento compasivo. Esta terapia

⁷¹¹ Cfr. Declaración de Venecia de la AMM sobre la atención médica al final de la vida, adoptada por la 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia, en octubre de 1983 y revisada por la 57ª Asamblea General de la AMM en Pilanesberg, Sudáfrica, en octubre de 2006 y por la 73ª Asamblea General de la AMM, en Berlín, Alemania, en octubre de 2022.

⁷¹² Nos referimos al documento “Reflexiones sobre la objeción de conciencia y la proposición de ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia” emitido por la Comisión Deontológica Central de la OMC española, del 28 de enero de 2021.

⁷¹³ Cfr. apartado 3º del Informe del Comité de Bioética español sobre la eutanasia.

⁷¹⁴ En el mismo sentido, cfr. NAVARRO-VALLS, Rafael *et al.*, *Eutanasia y objeción de conciencia*, Ediciones Palabra, Madrid, 2022, pp. 12-13.

había llegado a conocimiento de los familiares por un médico externo del hospital luego que los tratamientos propuestos por la institución no habían surtido efecto positivo. Sin embargo, los profesionales rechazaron el pedido por los siguientes motivos:

1. el tratamiento no figuraba en las guías de recomendación para pacientes Covid-19,
2. la terapia no se encontraba avalada por la Agencia Estatal del Medicamento,
3. no existía suficiente evidencia científica de los beneficios ni de la ausencia de riesgos y
4. el uso estaba autorizado sólo en el marco de ensayos clínicos concretos.

Configurado el rechazo, los representantes del paciente solicitaron autorización urgente para proceder al tratamiento a través de una medida cautelar.

La jueza interviniente hizo lugar a la medida sin audiencia previa, aunque, como lo indicaba la norma aplicable, dio traslado para realizar las alegaciones que se estimaran convenientes⁷¹⁵. En su razonamiento, justificó la medida en el pronóstico negativo a corto plazo y el agravamiento progresivo de la situación, ya que el paciente se encontraba con intubación orotraqueal, sedación y una sobreinfección bacteriana.

Una vez notificada la resolución que hacía lugar a la solicitud, el Gerente del Hospital dictó una *contramedida* cautelar por la cual

⁷¹⁵ JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N.º 1 de Castellón de la Plana, Auto 158 del 13 de agosto de 2021.

suspendió su ejecutividad. Este acto fue posteriormente recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa y dejado sin efecto, confirmando la sentencia anterior y garantizando la ausencia de responsabilidad del Hospital por el cumplimiento de la sentencia.

Días más tarde, la Agencia Española de los Medicamentos y Productos emitió un informe que fue elevado al Tribunal. Allí se expuso que, debido a la ausencia de evidencia científica sobre la eficacia de la ozonoterapia en pacientes críticos con Covid-19 y de ensayos clínicos en marcha que respalden su utilización, esa terapia no resultaba idónea como tratamiento compasivo. Con estos antecedentes, la medida fue levantada⁷¹⁶.

i. EL IBUPROFENO DE SODIO

En la Ciudad de Buenos Aires (Argentina), un paciente se encontraba internado en una institución de salud pública por presentar un cuadro agudo de Covid-19. Tras ingresar a la Sala de Cuidados Intensivos, un médico externo prescribió a los familiares nebulizaciones de *ibuprofenato de sodio y dióxido de cloro*⁷¹⁷. Esta

⁷¹⁶ JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N.º 1 de Castellón de la Plana, auto del 27 de agosto de 2021, Recurso 346/2021.

⁷¹⁷ El diagnóstico del profesional era el siguiente: “El paciente se encuentra internado por presentar Sars Covid 19. Presenta compromiso pulmonar severo recibiendo tratamiento convencional y oxígeno a 15 límite máximo. Pese a lo cual la saturación de hemoglobina se encuentra en descenso. Por estas causas se solicita tratamiento compasivo para el paciente con nebulizaciones en ibuprofenato de sodio y cds (dióxido de cloro) por vía e.v. según los protocolos adjuntos. El paciente se encuentra en muy grave estado por lo que se solicita la

prescripción fue redireccionada por los representantes del paciente a las autoridades de la institución donde estaba internado. Las autoridades del hospital consideraron inconveniente la propuesta del médico externo, pues esa práctica carecía de respaldo científico. Frente a la negativa del nosocomio, la familia intentó un recurso judicial en donde acompañó la orden médica correspondiente y solicitó que el paciente reciba el tratamiento de manera urgente⁷¹⁸. A partir de las constancias arrojadas a la causa, y sin mediar audiencia previa, el juez dispuso que la institución debía arbitrar los medios para garantizar la implementación del tratamiento prescrito en el plazo de veinticuatro horas.

Luego del auto, cuarenta y cinco sociedades científicas expresaron su disconformidad y grave preocupación con lo resuelto⁷¹⁹.

autorización de manera muy urgente. Protocolo nebulizaciones con ibuprofenato de sodio. 20 gotas de 4,5 ml sol. fisiológica cada 6 hs y reevaluación según evolución. protocolo cds e.v. 10 cc en 50 cc de sol. Fisiológica isotónica a 14 gotas x 1 vez por día. Firmado: Dr. D. A. C”.

⁷¹⁸ Cfr. JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL DE FERIA, *L. J. M. c/ Sanatorio Otamendi y Miroli SA s/ Amparo de salud*, 2021.

⁷¹⁹ El comunicado fue emitido por el Foro de Sociedades Científicas Argentinas, de Organizaciones de la Sociedad Civil y Universidades. Entre las asociaciones que integran el foro se encuentran: la Sociedad Argentina de Infectología, la Sociedad Argentina de Infectología Pediátrica, la Sociedad Argentina de Medicina, la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, la Sociedad Argentina de Vacunología y Epidemiología, la Sociedad Científica de Emergentología Argentina, la Sociedad Argentina de Emergencias, la Red Argentina de Investigadoras e Investigadores en Salud, la Fundación Huésped, el Foro Argentino de Clínica Médica y la Federación Argentina de Medicina Familiar y General. El texto completo de la declaración puede consultarse en el siguiente enlace:

Entre los argumentos esbozados por las instituciones se encontraban:

1. la ausencia de evidencia científica probada,
2. la injerencia judicial en un tema médico-científico,
3. la imposición coactiva de una sustancia contraindicada y
4. la limitación de la libertad que otorga la evidencia.

Según las declaraciones de distintas organizaciones científicas, la práctica configuró la imposición forzosa de un tratamiento sin respaldo científico, contraria a las enseñanzas de la medicina moderna. Antes de practicarse la terapia indicada por el profesional externo, el paciente falleció en el Centro de Salud⁷²⁰.

j. TERAPIAS DE BLOQUEO HORMONAL EN MENORES

Probablemente, las terapias de afirmación de género sean una de las temáticas más debatidas de los últimos años. En julio de 2022, la Corte Constitucional de Colombia tuvo oportunidad de expedirse

<https://toxicologia.org.ar/comunicado-acerca-de-la-medida-cautelar-sobre-un-tratamiento-medico-con-dioxido-de-cloro/>.

⁷²⁰ Con posterioridad al deceso del paciente, se iniciaron otros procesos judiciales de manera simultánea. El primero de ellos contra el juez que dictó el auto en el JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N.º 58 caratulado como “mala praxis judicial por intromisión en decisiones que son ajenas al derecho y propias de la ciencia médica”. El segundo, dirigido al mismo magistrado en forma de denuncia ante la Comisión de Disciplina y Acusación del Consejo de la Magistratura por presunto “mal desempeño en el ejercicio de la magistratura”. El tercero, contra la institución de salud y los profesionales del equipo por homicidio culposo y desobediencia.

sobre un caso donde se encontraba en juego el acceso de una menor a estas prácticas sanitarias⁷²¹. La causa se había originado cuando una joven de dieciséis años, luego de ser diagnosticada de disforia, solicitó una terapia hormonal que fue rechazada por el endocrinólogo-pediátrico justificado en su minoría de edad. Sin perjuicio que el caso devino abstracto por motivos que se encuentran fuera del análisis de este comentario, la Corte decidió entrar en el fondo del debate.

En palabras del máximo tribunal, estos procesos asociados a la identificación con el género, tienen por finalidad “*adelantar un proceso quirúrgico para reasignar su sexo*” por el cual se pretende obtener “*una correspondencia entre el género o sexo en el cual las personas trans viven y construyen su identidad de género y sexual, de un lado, y su cuerpo, del otro*”⁷²². Estas terapias oscilan entre procedimientos quirúrgicos y hormonales, y atención especializada, dependiendo de la prescripción médica en el caso concreto.

La Corte Constitucional entendió que la protección de los derechos a la identidad de género y a la salud, de las personas que participan en estos tratamientos contempla:

1. un sistema de salud que brinde un servicio eficaz, oportuno e integral para hacer posible la reafirmación de género,
2. el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante en el marco de ese proceso de reafirmación,

⁷²¹ Nos estamos refiriendo a la sentencia T-218/2022, del 21 de julio de 2022, conocida popularmente como el caso “Claudio”.

⁷²² Cfr. considerando 17 de la sentencia. La cursiva corresponde al texto original.

3. la concepción de que todo obstáculo que impida a la persona ser quien quiere ser es una vulneración de sus derechos fundamentales y
4. que los procedimientos médicos no puedan negarse con base en la falta de su práctica o el riesgo a la salud e integridad del usuario.

Por otro lado, basándose en documentos de organismos internacionales y de la sociedad civil que promueven los derechos de las personas *trans*, la Corte sostuvo que estos procedimientos de reafirmación no pueden supeditarse a obtener un diagnóstico médico de disforia⁷²³, pues ello se opondría al contenido y alcance del derecho a la identidad de género⁷²⁴. En efecto, sostuvo que:

para la prescripción y suministro de procedimientos quirúrgicos, hormonales y de atención médica especializada que componen los procedimientos médicos de reafirmación de género

⁷²³ La sentencia, remitiendo a una anterior, explica por qué el concepto de disforia de género es más apropiado que “desorden de identidad de género” amparándose en la reforma del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales – V (DSM-5) de 2013 de la Asociación Americana de Psicología. Cfr. Sentencia T-771 de 2013.

⁷²⁴ Cfr. apartado 33 de la sentencia: “Someter el acceso a los procedimientos médicos de reafirmación de género a obtener determinado diagnóstico médico se opondría al contenido y alcance del derecho a la identidad de género descrito. Primero, desconocería la autonomía que tienen las personas en determinar su propia construcción identitaria en cuanto al género al oponerles el criterio de un profesional de la salud. Segundo, constituiría una intervención injustificada en ese derecho por parte de los profesionales y demás actores del Sistema de Salud. Tercero, configuraría una evidente contradicción con el mandato de no supeditar el respeto y la protección de las manifestaciones del género a determinadas pruebas de índole médico o psicológico”.

no se requiere acreditar un diagnóstico de disforia de género. La prescripción, autorización y suministro de estos procedimientos obedece a la garantía del derecho a la salud (especialmente el principio de integralidad) y a la identidad de género de los cuales son titulares todas las personas que manifiestan su deseo de alterar ciertas características físicas para que su identidad de género corresponda con su propia vivencia y construcción. En este escenario la intervención médica no está dirigida a refrendar o comprobar la realidad de esa identidad, sino que es “un medio para hacer efectivo el derecho a la autonomía individual, que comprende el derecho de toda persona a que sus adscripciones identitarias, entre ellas las que definen su identidad sexual y de género, sean respetadas y reconocidas por los demás”.

En la misma línea, recordando los antecedentes de las sentencias T-447 de 1995 y SU-337 de 1999, reafirmó su tesis ponderando la autonomía del paciente como una premisa de mayor peso que el principio de beneficencia médico. Más allá de no ser mandatorio un diagnóstico previo, la Corte reconoció que la actuación médica se encuentra alcanzada por la Ley Estatutaria 1751 que protege la autonomía de los profesionales de la salud. Bajo esta premisa, la mentada ley garantiza la actuación autónoma a los profesionales, siempre al amparo de la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

Con estos y otros fundamentos, la Corte llegó a la convicción de que la conducta de la Clínica, en la medida que condicionó el acceso a las terapias a la mayoría de edad de la paciente, violó sus derechos a la identidad de género, salud, dignidad humana y libre desarrollo.

En virtud de lo expuesto, la Corte ordenó a la Clínica la capacitación de sus profesionales para la intervención de las personas

transgénero (en particular, menores) y elaborar un protocolo de tratamiento para ellas, según los siguientes criterios:

1. que la atención médica no puede tener por propósito confirmar, avalar o refrendar la identidad de género manifestada por el paciente y
2. que la atención médica debe resultar de un equipo interdisciplinario convocado inmediatamente después que el paciente manifieste interés en estas terapias.

El dictado de esta sentencia puede generar inquietud en algunos médicos y juristas, especialmente por tratarse de un fallo contemporáneo a otros casos similares. Uno de ellos es el caso de *Keira Bell* resuelto por la Corte británica. Esta joven tenía catorce años cuando comenzó a sentirse incómoda con su sexo natural. Fruto de ello, la Clínica *Tavistock y Portman*, tras estudiar su caso, le diagnosticó disforia de género y luego de tres consultas le prescribió un tratamiento de bloqueo hormonal.

Antes de los veinte años, Keira se había sometido a tratamientos hormonales y una mastectomía doble. Tres años más tarde, refiere que la terapia no resolvió su disforia y acusó a la clínica de descartar el tratamiento de las causas del problema: depresión, ansiedad, odio a sí misma, confusión, etc⁷²⁵. La Alta Corte sostuvo que el carácter de estas terapias es experimental y aún innovador, por lo

⁷²⁵ Cfr. NOTA DEL DIARIO NIUS, “*Keira Bell, la chica arrepentida de convertirse en hombre, gana el juicio con polémica*”, del 1 de diciembre de 2020, disponible en https://www.niusdiario.es/vida/visto-oido/keira-bell-chica-transgenero-gana-juicio-terapia-hormonal-transexuales_18_3052095284.html el 8 de febrero de 2023. La sentencia completa puede consultarse en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/12/Bell-v-Tavistock-Judgment.pdf>.

cual el mero consentimiento del menor no resulta suficiente. Asimismo, el Servicio Nacional de Salud británico ha desaconsejado el uso de bloqueadores de la pubertad, ya que se cuenta con escasa evidencia científica sobre los efectos a largo plazo; también desaconseja encarecidamente a los adolescentes que eviten adquirir estas hormonas por internet⁷²⁶.

Los casos como el de Keira se han repetido en otras partes del mundo⁷²⁷. En los países nórdicos, el Hospital sueco *Karolinska* emitió

⁷²⁶ Cfr. NHS England, “Equality and Health Inequalities Impact Assessment (EHIA)”, 12 de octubre de 2022, disponible en https://www.engage.england.nhs.uk/specialised-commissioning/gender-dysphoria-services/user_uploads/b1937_iii_equalities-health-impact-assessment-interim-service-specification.pdf el 2 de junio de 2023. Algunos estudios parecen advertir peligros tanto para el cuerpo como para el cerebro, por la administración continuada de hormonas cruzadas utilizadas para estas terapias. Cfr. ZUBIAURRE-ELORZA, Leire, *et al*, “The Effects of Testosterone on the Brain of Transgender Men Androgens”, *Clinical Research and Therapeutics* 2 (2021), pp. 252-260. En el mismo sentido, cfr. BRIK, Tessa, *et al*, “Trajectories of Adolescents Treated with Gonadotropin-Releasing Hormone Analogues for Gender Dysphoria”, *Archives of Sexual Behavior* 49 (2020), pp. 2611–2618. Otros estudios temen las consecuencias de una decisión médica irreversible tratándose de pacientes de temprana edad. Cfr. CLAAHSEN VAN DER GRINTEN, Hedi, *et al*, “The Gender incongruence and gender dysphoria in childhood and adolescence-current insights in diagnostics, management, and follow-up”, *European Journal of Pediatrics* 180 (2021), pp. 1349-1357 y BEWLEY, Susan, *et al*, “Gender incongruence in children, adolescents, and adults”, *The British Journal of General Practice: The Journal of the Royal College of General Practitioners* 69 (2019), pp. 170–171.

⁷²⁷ Sólo a los efectos de dar visibilidad a la cuestión queremos mencionar el caso de Susana, una joven gallega de quince años que fue sometida a intervenciones de las cuales se arrepiente. Cfr. NOTA DEL DIARIO EL MUNDO, “Susana, la primera «trans» arrepentida que reclama a la Sanidad pública por haberla operado: «Me arruinaron

una nueva declaración con respecto al tratamiento de los menores con disforia de género. Esta política ha pretendido poner fin a la prescripción a pacientes menores de bloqueadores de la pubertad y hormonas intersexuales. Asimismo, Finlandia revisó sus directrices de tratamiento en junio de 2020, priorizando las terapias psicológicas y de apoyo, sobre las intervenciones médicas, especialmente para los jóvenes con inicio posterior a la pubertad⁷²⁸. Al otro lado del Atlántico, varios estados de EE. UU. han introducido recientemente leyes que prohíben el uso de intervenciones hormonales en menores con disforia de género y otros se encuentran en pleno debate legislativo⁷²⁹.

la vida», del 23 de febrero de 2023, disponible en <https://www.elmundo.es/papel/historias/2023/02/22/63f64bbcf6c6c83e24a8b4586.html> el 25 de febrero de 2023.

⁷²⁸ Cfr. COUNCIL FOR CHOICES IN HEALTH CARE IN FINLAND, “Medical treatments for gender dysphoria that reduces functional capacity in transgender people – recommendation” y “Medical treatment methods for gender dysphoria in non-binary adults – recommendation”, ambas del 16 de junio de 2020.

⁷²⁹ Cfr. las distintas leyes y proyectos legislativos de Estados Unidos. En Alabama: SB 184; en Oklahoma: SB129, SB250, SB252, HB1011, HB1377, HB1466, HB2177, SB786, SB788, SB878; en New Hampshire: HB417 y HB619; en Tennessee: SB0005, HB0571, SB0603, SB0001 y HB0001; en Montana: SB99; en Missouri: HB540, HB419, HB463, SB164, HB916, HB49, HB236, HB281, HB377, HB410, HB430; en Carolina del Sur: H3197, H3551, H3730; en Utah: SB0016, HB0132; en Wyoming: SF0144, SF0159, SF0172; en Nebraska: LB574; en Mississippi: SB2861, SB2864, SB2770, SB2760, HB576, HB1258 y HB1124; en Indiana: SB0480, HB1231, HB1525 y HB1118; en Kansas: SB12; en Texas: HB41, HB42, HB122, HB436, HB672, HB776, HB888, HB1029, SB249, SB250; en Hawái: HB891; entre otros. Estos proyectos pueden consultarse en <https://www.equalityfederation.org/tracker/anti-transgender-medical-care-bans>.

3. SEIS FANTASMAS SOBREVUELAN LA MEDICINA

Quien haya tenido oportunidad de divertirse con juegos de bloques como el *jenga*, advertirá que algunas piezas resultan fundamentales para sostener en pie la estructura. En la ciencia y la profesión médica, la libertad de actuación es una de ellas. Sobre ella se apoya todo el edificio que levanta la medicina y sucesivamente se van agregando los bloques que la completan. Sin ánimo de agotar su enunciación, podemos identificar: el acto médico válidamente configurado, los deberes del profesional, los derechos de los pacientes, la razonabilidad de la norma de policía sanitaria, la conveniencia de los colegios profesionales para controlar su correcto ejercicio, la diligencia médica como materia de tutela judicial en casos de responsabilidad, etc. Es necesario que la libertad de actuación, piedra angular del edificio de la medicina, sea protegida contra maniobras imprudentes de jugadores cuya actuación acarrea desconfianza y sorpresa antes que admiración: ¿qué clase de jugador sería aquél que procurara derribar la torre en el siguiente movimiento?

La gran diferencia entre la ciencia médica y esta actividad lúdica radica en los altos costos de reparación. Unos pocos segundos —más allá de los necesarios para buscar piezas extraviadas— pueden ser suficientes para recomenzar el juego. En medicina, muchas veces la reparación de los daños es imposible⁷³⁰.

De la lectura de los casos encontramos que la pieza fundamental ha pretendido ser quitada. Se dictan actos aplicando una norma general que exige una esterilización no terapéutica, sin

⁷³⁰ Cfr. nota 66.

consentimiento del paciente ni del médico. Dos jueces exigen compuestos sin evidencia científica contra la voluntad del equipo médico para tratar la enfermedad. Los representantes de un paciente insisten pertinazmente en sede judicial para acceder a un tratamiento experimental de dudosa efectividad, pese a la negativa del médico. En dos casos, el profesional debió auxiliarse de la autoridad pública para ejercer libremente su ciencia y salvar la vida del *nasciturus* que se encontraba en riesgo por una terapia escogida caprichosamente en contra del criterio médico.

Por otro lado, vemos situaciones en donde una ley general o una sentencia exigen llevar adelante abortos contra la opinión técnica y pragmática de un profesional que los practica con habitualidad. En otros casos, se exige la prestación de un servicio a farmacéuticos —como la venta de cannabis para uso recreativo—, imponiéndoles una prestación dañina, que excede la función de promover la salud. En otros, la legislación exige cubrir fármacos cuyos efectos abortivos y potenciales daños son advertidos por un amplio espectro de la comunidad científica. Por último, vemos experiencias dolorosas de tratamientos casi irreversibles, practicados sobre pacientes menores, *donde el remedio es peor que la enfermedad*, al tiempo que jueces de otras jurisdicciones imponen al profesional su cobertura inmediata, sin necesidad de contar con un diagnóstico previo.

Corrida la piedra de la libertad de actuación médica, pareciera que seis fantasmas emergen y sobrevuelan la medicina. Son peligros que se ciernen sobre ella, inmediatamente después de la eliminación o el grave debilitamiento de la libertad de actuación. Lo que esbozamos no deja de ser una síntesis de la problematización. No descartamos que el lector pueda encontrar varios más.

a. LA SUBVERSIÓN DE LA CIENCIA MÉDICA Y DEL PROFESIONAL

En primer lugar, apartada la posibilidad de una actuación libre, asistimos como testigos privilegiados a un proceso corrosivo de la medicina. Aquella ciencia, fundada sobre un conocimiento práctico, experimental y lógicamente complejo, ve horadados sus cimientos. La elaboración libre y creativa de las respuestas médicas deja paso a recetas predispuestas, no contrastables por el médico.

En segundo lugar, junto con ella sucumben su fiabilidad y credibilidad social. Su capacidad para resolver con efectividad los problemas de la sociedad se ve claramente disminuida. ¿Quién sería capaz de confiar en una disciplina que no produce el resultado buscado y genera daños irreparables? ¿Cómo volver a confiar en una ciencia que propone la esterilización como un modo de erradicar la vagancia o el alcoholismo? Sin libertad de actuación médica no es posible proponer soluciones acordes a los casos singulares, sino prácticas generales uniformes e indiferenciadas que no tienen en cuenta las circunstancias de cada caso. Herir de muerte a la libertad equivale a quitar la piedra angular donde se asienta la medicina. Esta afectación significaría reemplazar su modo de conocer por procedimientos ajenos a esta ciencia.

En tercer lugar, los fines de la medicina también quedan subvertidos. No solo la naturaleza de la ciencia y de la profesión padece este fenómeno, sino su causa fin. Frente a unos medios que resultan inútiles para tratar una patología, ¿podemos seguir afirmando que subsiste en el acto médico la finalidad de prevenir, promover o recuperar la salud? ¿Sigue vigente el fin promotor del médico cuando prescribe ozonoterapia o ibuprofeno de sodio a pesar de su desconocida acción terapéutica?

En cuarto lugar, una vez sustraída la libertad del hombre de ciencia, lo que queda es un reflejo borroso de aquello que en su día fue un profesional. ¿Cómo haremos para seguir reconociendo al médico como agente moral, capaz de ejercer su ciencia con prudencia? ¿Cómo devolver la confianza al paciente si no se puede garantizar la independencia de criterio? ¿Bajo qué criterio (o el de quién) se juzgará una estrategia terapéutica?

En quinto lugar, el carácter intelectual y prudencial de la profesión se ve atrofiado por la imposibilidad de elegir según las necesidades del paciente individual. El correcto ejercicio de la libertad se resumiría en una operación casi aritmética. Como consecuencia natural, la autonomía científica, pasaría a ser un elemento anecdótico, dejando sitio a una rústica heteronomía técnica. De esta manera, uno de los rasgos fundamentales del profesionalismo quedaría eliminado y con todo, el profesional pasaría a convertirse en un operador mecánico e inanimado al servicio de requerimientos externos.

En definitiva, subsiste la pregunta que ya hacían RAMOS VERGARA y OLIVARES OSORIO sobre este mismo problema: “¿puede el legislador cambiar los fines de la medicina? ¿con base en qué puede establecer una obligación general a los médicos de realizar actos no médicos...?”⁷³¹.

⁷³¹ RAMOS VERGARA, Paulina y OLIVARES OSORIO, Patricia, “¿Objeción de conciencia y/o de Ciencia en el actuar médico?”, *Analysis* 24 (2019), p. 113.

b. LA INVALIDEZ CIENTÍFICA, ÉTICA Y JURÍDICA DEL ACTO MÉDICO

La ausencia de la libertad de actuación impacta directamente en la configuración del acto médico. De esta elocuente ausencia, se deriva un vicio en el sujeto y en el objeto.

En cuanto al primero, el conocimiento o *expertise* que sólo el profesional puede aportar devendría innecesario. Apartada la prudencia del médico, el cumplimiento de un acto reglado bien podría realizarlo una persona sin formación científica o incluso un ser inanimado. Ya se ha dicho que las nuevas tecnologías constituyen ayudas con las que el médico cuenta para ejercer su diagnóstico y tratamiento. Aunque son verdaderamente útiles por su carácter de precisión, la presencia del profesional en la configuración del acto médico resulta imprescindible por su aporte prudencial⁷³².

En cuanto al segundo, el objeto quedaría claramente afectado. El espectro de soluciones posibles que aporta la *lex artis*, se reduciría a una certeza que el profesional debe seguir inexorablemente. Así, la operación prudencial que permite subsumir las normas de la *lex artis* al caso concreto resultaría estéril. ¿Qué espacio queda para el análisis sobre la conveniencia de la ozonoterapia? ¿Qué validez tendría un acto que prescriba dióxido de cloro a un paciente que lo tuviera contraindicado? ¿Cómo compatibilizar esta disposición con la licitud ética, médica y jurídica del acto médico?

La eliminación de la libertad supondría clausurar el ámbito de discrecionalidad donde el médico realiza el juicio de razonabilidad

⁷³² Cfr. nota 303.

terapéutica. Quedaría estrecho y tenue el espacio decisional donde el profesional analiza los datos aportados por la anamnesis y la *lex artis*, y otrora era iluminado por el conocimiento científico. Aceptar una conducta como esta significaría desconocer las exigencias más elementales de la Ética, la ciencia y el Derecho, e imponer al profesional la ejecución de actos contrarios a la medicina.

C. LA RUPTURA DEL DEBER DE INDEPENDENCIA Y LA INMINENTE DESPROTECCIÓN DEL PACIENTE

Sustraída la libertad de actuación y clausurado el ámbito de discrecionalidad, el profesional queda liberado de un compromiso fundamental: el deber de independencia de criterio. Descartada esta obligación, como lógica consecuencia, el paciente queda privado del derecho a recibir una opinión técnica, libre e independiente.

Por el carácter instrumental que tiene la obligación al servicio del paciente, la ausencia de este deber lo deja huérfano o bajo la custodia de la autoridad que emite la norma. Así, la vida y la salud, como bienes que el profesional debe celosamente proteger, se verían arrebatados de sus manos para entregarlos a la autoridad o al mismo paciente. ¿Cómo proteger al enfermo de una terapia contraindicada como el *ibuprofeno de sodio*, la *crotoquina* o la *ozonoterapia*? ¿Cómo defender la integridad corporal del interno psiquiátrico ante una esterilización involuntaria?

Estas circunstancias generan la atmósfera propicia para el surgimiento de una medicina adicta a la autoridad o complaciente a las demandas del enfermo. Si los frenos y contrapesos resultan necesarios para un sano equilibrio en toda relación, la entablada entre paciente y médico corre la misma suerte. La libertad de actuación

médica importa un límite a la libre elección de tratamientos, previniendo a los pacientes de prácticas nocivas, en la medida que se encuentren contraindicadas o resulten inconvenientes.

De esta manera, el paciente sabe que el profesional ejercerá su ciencia de acuerdo con los estándares aportados por la evidencia y las particularidades del caso. Esta garantía defiende al paciente, no ya del Estado, que emite una norma de policía incompatible con sus intereses, sino del mismo destinatario del procedimiento médico. Además de desconocer al médico como agente moral en la relación sanitaria, el proceso iniciado dejaría encadenado al paciente a su propia desesperación cuando no a su mero capricho.

d. LA APARICIÓN DE UN PODER IRRAZONABLE

Quizá el recuerdo de aquel emperador que mando azotar al mar⁷³³ o el fusilamiento de Dios luego de un juicio sumarísimo⁷³⁴ puedan resultarnos ajenos y lejanos. Sin embargo, la posibilidad de un poder irrazonable es una realidad con la que el hombre ha tenido

⁷³³ Cfr. Discurso de TEMÍSTOCLES a los atenienses en HERÓDOTO, *Historias*, Capítulo VIII, p. 109: “[...] los dioses y los héroes [...] no han podido ver que un hombre solo, impío por demás y desalmado, viniese a ser señor del Asia y de Europa. Hablo de ese sacrílego, que todo, sagrado y profano, lo llevaba por igual; de ese ateo que quemaba y echaba por el suelo las estatuas de los dioses; de ese insensato que al mar mismo mandó azotar y le arrojó unos grillos”.

⁷³⁴ Cfr. Nota periodística de *ABC Historia* “Así transcurrió el insólito juicio de la URSS en el que Dios fue condenado a muerte por «genocidio»”, del 6 de febrero de 2018, disponible en https://www.abc.es/historia/abci-siglo-rocambolesco-juicio-urss-contra-dios-genocidio-201802060236_noticia.html.

que convivir. En nuestra materia, no nos encontramos inmunizados contra ella.

Un primer síntoma es la falta de evidencia científica en la norma sanitaria, es decir, en la inadecuación entre los medios propuestos y su finalidad. Este fenómeno impacta en todos los órdenes normativos, pues eliminar la libertad de actuación significa habilitar como principio la arbitrariedad en la sentencia, la falta de razonabilidad en la ley y la irregularidad en el acto administrativo. ¿No es acaso el ejemplo del *ibuprofeno de sodio*, de la *ozonoterapia* y de las esterilizaciones involuntarias? ¿Es posible hablar de un acto lícito que prescriba coactivamente una terapia inapropiada? En todos los casos consideramos que no.

Un segundo síntoma proviene de la afectación al contenido esencial del derecho regulado. En lo que aquí interesa, la intervención de la norma de policía, al soslayar la libertad de elección entre distintos tratamientos disponibles, afecta de lleno el contenido esencial de la libertad de actuación médica⁷³⁵. Desconocerlo hace incurrir en una violación de los límites que el constituyente quiso imponer a la autoridad para evitar la desnaturalización del derecho.

Un tercer síntoma aparece en la frustración de la finalidad de la norma. Una norma que desconoce el margen de apreciación profesional o la evidencia científica somete al paciente a un tratamiento nocivo en general o contraindicado en particular. La libertad de actuación permite actualizar la intervención estatal en favor de la salud pública, pues los profesionales verifican el contenido de la

⁷³⁵ Sobre el contenido esencial del derecho a la LAM: cfr. de este trabajo, II.6.c.

norma para el caso concreto y le dan eficacia con su cumplimiento, dotándola de correcto y verdadero sentido. Si esta norma, al aplicarse en particular produjera daños graves e irreparables, atentaría contra el mismo espíritu de la salubridad pública, subvirtiendo su finalidad.

Un cuarto síntoma aparece relacionado con la coherencia sistémica. En la acción del profesional, el lugar que ocupaba la libertad es llenado por un deber genérico, expreso y determinado de seguir el mandato de la norma o del paciente. El problema emerge cuando los deberes son claramente opuestos y excluyentes entre sí. Esta circunstancia llevaría a un genuino *dilema* para el profesional. ¿Cómo cumplir la medida judicial de prescripción de *ozonoterapia* o *ibuprofeno de sodio* sin incurrir en una omisión del deber de ejercer la ciencia conforme a la evidencia científica⁷³⁶? O, lo que es peor: ¿cómo evitar ser llevado ante los tribunales de ética por la correcta obediencia a la norma? ¿Sería posible cumplir con una norma de policía sanitaria —v. gr. esterilizar pacientes psiquiátricos— y no faltar al deber deontológico que prohíbe esta conducta⁷³⁷? ¿Cómo respetar la decisión de continuar un embarazo riesgoso para la vida del *nasciturus*

⁷³⁶ Cfr. artículo 113º del CE médica de la COMRA y artículos 4º, 7º y 9º de la antigua Ley 26.281, 16º a 18º de la Ley 27.675, 1º y 2º de la Ley 25.543, la Ley 15.465, 7º de la Ley 27.678, 9º y 16º de la Ley 27.130, 16º y 17º de la Ley 26.396, 1º a 3º de la Ley 26.279, 1º del Decreto 235/21, 5º, 6º y 12º de la Ley 12.331, entre muchos otros.

⁷³⁷ Cfr. artículos 23º, 125º y 126º del CE médica de la COMRA y artículo 20º inc. 18º de la Ley 17.132.

en condiciones desaconsejadas y no ser acusado de omisión de los deberes del profesional⁷³⁸?

e. LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Como la autorregulación es una manifestación colectiva del carácter autónomo de la medicina, el Colegio Profesional vería arrancado de raíz aquello que constituye su fundamento. En otros términos, eliminada la autonomía del médico, el Colegio como institución intermedia se desnaturaliza.

En este escenario, la ausencia de libertad de actuación justificaría apartarse de la naturaleza de ente público no estatal, pues con la eliminación del ámbito de discrecionalidad, el halo de indeterminación decisional queda suprimido, y con ella la necesidad de juzgar si el profesional obró diligentemente. Así, las normas que en su día reconocieron competencias en materia médica, conscientes de una verdadera especialización y eficiencia del servicio, verían eliminado el presupuesto de hecho que les dio origen. ¿Qué motivos de eficiencia podrían alegarse para conservar un ente con estas características?

Con todo, se volverían reales los temores que advirtió la Corte en su día, acerca de los peligros de un aumento de la burocracia pública⁷³⁹. La consolidada tradición sobre la autonomía de los colegios

⁷³⁸ Cfr. artículos 84º y 108º del CP.

⁷³⁹ Cfr. CSJN, *Colegio de Médicos de la Segunda circunscripción (Santa Fe) c/ Sialle, Mario*, Fallos 237:937, 1957.

profesionales se vería socavada por una publicación centralizante de aquello que constituye una materia esencialmente médica.

f. LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE IRRESPONSABILIDAD MÉDICA

En su mente creativa, BORGES imaginaba una medalla de singular valor que además de imprimir el carácter regio a quien la poseía, se distinguía por tener un solo lado⁷⁴⁰. Como es de esperar, esta clase de monedas sólo existe en los mundos borgianos. Más aún, nadie podría sostener que quien pierde una moneda, sea capaz de extraviar una de sus caras al tiempo de conservar la otra. Esta frase puede caer en las páginas de alguna antología, pero difícilmente se predique en la realidad.

Al perder la libertad de actuación médica, el profesional inexorablemente extravía su responsabilidad, pues al atacar el presupuesto básico —la libertad ontológica del médico— queda herida de muerte su responsabilidad subjetiva. Así, al eliminar la libertad profesional, el deber de obrar con diligencia sólo se circunscribe al cumplimiento exacto del mandato recibido. En estos términos, *diligentia et obedientia convertuntur*, diligencia y obediencia se identifican. Prescindir rápida y totalmente de la libertad —y con ello de su consecuente responsabilidad subjetiva— equivaldría a consagrar un principio de irresponsabilidad médica, amparado en la obediencia como causa de justificación. En efecto: toda restricción de libertad

⁷⁴⁰ Cfr. BORGES, Jorge Luis, “El Disco” en id., *El Libro de Arena*, Editorial De Bolsillo, Madrid, 2011.

conlleva una disminución proporcional del deber de obrar con diligencia y una consiguiente merma de la responsabilidad.

Vale destacar que en todos los casos se repite un mismo fenómeno: existe una clara separación (incluso temporal) entre el sujeto que decide y ordena con aquél que ejecuta. En los supuestos, se pretende dejar al profesional como un destinatario pasivo de una instrucción externa⁷⁴¹. Así, el médico recibe órdenes de:

1. la embarazada que solicita un parto natural o domiciliario,
2. la madre que a través del juez exige *crotoquina* para su hijo,
3. el médico externo que prescribe *ozonoterapia* o ibuprofeno de sodio,
4. la autoridad administrativa que emite un acto para esterilizar forzosamente,
5. el legislador que exige el expendio de un producto nocivo con fines recreativos,
6. el legislador que ordena realizar la interrupción del embarazo o la dispensa de un fármaco de dudosa seguridad y efectividad y

⁷⁴¹ Permítanos el lector una digresión: cada vez vemos con más claridad que sólo es posible explicar la aparición de los totalitarismos que interrumpieron la tradición médica haciendo cómplice a una sociedad anestesiada contra el sufrimiento humano, si se parte de la renuncia al pensamiento libre y la transferencia de la responsabilidad. Por esta razón, advertimos con urgencia la necesidad de una herramienta que preserve al médico y a la medicina de simplismos dogmáticos e ideológicos (que en definitiva resultan totalitarios y deshumanizadores) y así no convertir a los médicos en mecánicos ejecutores de normas ajenas, verdugos al servicio de intereses ajenos al bienestar del paciente.

7. el juez que instruye una dudosa terapia de bloque hormonal a un menor, sin diagnóstico previo.

4. CUATRO PRINCIPIOS ACTIVOS CONTRA LOS PELIGROS ESBOZADOS

Como se ha visto, el Derecho no resulta ajeno a la Medicina, sino que se encuentra en diálogo constante con ella. En estos casos, cuando sobrevuelan peligros para la ciencia médica, el Derecho debe acudir, como la sangre a la herida, para cauterizar y promover el bienestar de la ciencia afectada por el cuerpo extraño.

Como juristas, nuestra tarea consiste en desentrañar del Derecho aquel mecanismo de defensa que, en justicia, permita enfrentar los problemas a los que se expone el médico. Si realizamos un paralelismo con las dificultades analizadas, el mecanismo debe garantizar el ejercicio de la libertad de actuación médica y al mismo tiempo:

1. preservar su autonomía científica manteniendo íntegro el contenido de la profesión,
2. asegurar cautelarmente la vida y la salud del paciente,
3. devolver sin demoras el imperio de la racionalidad y
4. permitir una instancia de revisión suficiente.

a. LA PRESERVACIÓN DE LA AUTONOMÍA E INTEGRIDAD DEL CONTENIDO DE LA PROFESIÓN MÉDICA

La primera de las funciones que este mecanismo de defensa debe cumplir es preservar la autonomía médica, manteniendo íntegro el contenido de la ciencia. La profesión no es una actividad técnica más; su contenido moral y científico ya ha sido demostrado. No se encuentra en poder de ordenamiento jurídico alguno dar órdenes

a la ciencia, sino rendirse ante su evidencia y garantiza su humanitaria aplicación.

Frente a la amenaza de sufrir una modificación sustancial, la institución médica debe contar con un mecanismo defensivo que evite la intromisión del cuerpo extraño. Este mecanismo debe asegurarle al profesional un núcleo básico e indisponible para la autoridad o el paciente propio de su carácter prudencial, intelectual y científico. De alguna manera, el remedio debe proteger la materia esencialmente médica a fin de no desnaturalizar su esencia y sus fines.

Por su naturaleza difusa, este mecanismo no puede establecer un contenido concreto, sino preservar límpido ese ámbito discrecional, área de discreta indeterminación, sólo sometido a los estándares que aportan las reglas epistemológicas de corrección. Asimismo, debe permitir el ejercicio libre de la actividad solo limitada por el respeto a la evidencia aportada por la razón práctica. Esta última, columna maestra de la ciencia y profesión médica.

En síntesis, el mecanismo debe respetar la naturaleza de la ciencia y sus particularidades, reencausando la operación hacia otra más libre y confiable.

b. LA ASEGURACIÓN CAUTELAR DE LOS BIENES FUNDAMENTALES

En segundo lugar, el mecanismo de defensa debe permitir al profesional proteger cautelarmente los bienes fundamentales del paciente. Recordemos que la libertad de actuación médica tiene una naturaleza instrumental al servicio de aquél. Si el médico asume un compromiso agravado con la defensa de la salud y de la vida, debe garantizar los medios para cumplir este mandato y proteger los

bienes, aunque sea provisionalmente. Esta función buscaría impedir que se configure el acto médico ilegítimo, conservando *in natura* los bienes hacia los cuales se encuentra orientada la medicina.

Como el pedido irrazonable puede provenir de la autoridad o del mismo paciente, la medida debería ser capaz de acotar las demandas del Estado, pero también la de los destinatarios, evitando transformar la medicina en una actividad “a la carta”.

Esta protección debe permitir la salvaguarda cautelara en una doble vertiente: suspensiva y positiva. En el primero, para el caso que el mandato consistiera en una acción positiva para el profesional. Por ejemplo, frente a una solicitud que impusiera una conducta lesiva a los derechos del paciente, la medida debería suspender los efectos de lo ordenado. ¿No es este un medio razonable para el *ibuprofeno sódico* y la *ozonoterapia*? En el segundo, para el caso que el acto obligase a abstenerse de una conducta legítima y debida. Por ejemplo, si la norma o el pedido indicara evitar información o alguna actuación relevante para el paciente. ¿No sería útil una medida positiva para proceder a la anamnesis y diagnóstico de los casos de disforia de género, o para inducir un parto cuando se ve peligro de muerte en el *nasciturus*?

c. EL REGRESO SIN DILACIONES AL IMPERIO DE LA RACIONALIDAD

Como se verá en las próximas páginas, la racionalidad es un elemento fundamental que vertebra el Estado de Derecho

Constitucional⁷⁴². El mecanismo de defensa que venimos comentando debe mostrar cierto propósito de subsanación, si esta racionalidad se viera afectada. Cuando en el consultorio ingresa una indicación inválida que paraliza la libertad de actuación médica, el profesional debe ser capaz de expulsarla inmediatamente antes que proliferare.

En el Derecho contemporáneo, existen institutos que se invocan para corregir racionalmente las desviaciones del ordenamiento. Algunas veces, la ausencia de razonabilidad se manifestará en una norma de rango legal, debiendo declararse —en caso de proceder— la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la misma⁷⁴³. En línea con los ejemplos que hemos esbozados, deberíamos analizar las leyes de interrupción voluntaria del embarazo y de eutanasia. Sobre este modo de irrazonabilidad, ya tiene dicho la CSJN que

cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, de modo tal que llegue a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional o su aplicación torne ilusorios derechos por ellos consagrados, le es lícito al juzgador apartarse de tal precepto y dejarlo de aplicar a fin de asegurar la primacía de la Ley Fundamental, como

⁷⁴² Cfr. de este trabajo, XI.5.a y XI.5.b.

⁷⁴³ Cfr. de la CIDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, Serie C, N.º 154, 2006, par. 124; *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Serie C, n.º 158, 2006, par. 128; *Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia*, 2013, par. 69. De la CSJN, *Mazzeo, Julio Lilio y otros s/ Recurso de Casación e inconstitucionalidad*, Fallos 330:3248, 2007, considerando 24º del voto de la mayoría; *Videla, Jorge Rafael Massera Emilio Eduardo s/ Recurso de Casación*, Fallos 333:1657, 2010, considerando 8º, *Rodríguez Pereyra José Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios*, Fallos 335:2333, 2012, entre otros.

medio de afianzar la justicia que está encargado de administrar.⁷⁴⁴

En otros casos, la irracionalidad se manifestará en actos administrativos, como por ejemplo los que ejecutan decretos eutanásicos y los que exigen el expendio de productos no médicos (como el cannabis) o de dudosa seguridad (como el *levonorgestre*) en farmacias habilitadas. Ha sido dicho por nuestra jurisprudencia que, identificado un acto contrario al ordenamiento jurídico, la Administración tiene el deber de revocarlo a fin de devolver sin dilaciones el imperio de la juridicidad⁷⁴⁵. Esta medida debería devolver no solo la juridicidad sino la racionalidad al Estado de Derecho.

Por último, como en los casos del ibuprofeno de sodio o la *ozonoterapia*, la irracionalidad puede proceder de una sentencia judicial. Corresponderá rectificar en la medida que aquella no resulte manifestación de la administración de Justicia, sino una apariencia, producto de un voluntarismo judicial, expresión de un proceso deductivo irracional o absurdo⁷⁴⁶. En estos casos, el ordenamiento

⁷⁴⁴ CSJN, *Barry, María Elena c/ ANSES s/ Reajustes por movilidad*, Fallos 319:2151, 1996, considerando 26º.

⁷⁴⁵ CSJN, *Cáceres Cowan Blas y otro s/ Recurso de Amparo*, Fallos 250:491, 1961, en especial considerando 61; *Movimiento Scout Argentino c/ Nación Argentina*, Fallos 302:545, 1980; *S.A. Furlotti Setien Hnos. c/ Instituto Nacional Vitivinícola por Recurso de Apelación*, Fallos 314:322, 1991; entre otros.

⁷⁴⁶ En el derecho nacional: cfr. de la CSJN, *Rey, Celestino c/ Rocha, Alfredo y Eduardo s/ Falsificación de mercadería y de marca de fábrica*, Fallos 112:384, 1909; *Castro Milcíades, F.*, Fallos 131:387, 1920; *O. Bemberg y cia*, Fallos 133:298, 1921; *S.A. Quebrachales Fusionados*, Fallos 150:84, 1927; *Storani de Boidanich*, Fallos

prevé instrumentos como los recursos de apelación, nulidad, o de arbitrariedad de sentencia, que habilita la instancia extraordinaria de la Corte Suprema.

d. LA INSTANCIA DE REVISIÓN ULTERIOR

Por último, la medida debe permitir una instancia de control, aunque deferente sobre el contenido de la decisión médica, a fin de que la autoridad sea capaz de evaluar la diligencia practicada por el profesional. Desconocer algún tipo de control sobre la decisión médico significaría dejar desprotegidos a los pacientes frente a los potenciales daños producidos por el hombre de ciencia. En caso de no existir esta medida, el profesional podría escudarse inexorablemente detrás de una causa de justificación. Es decir, sea invocando el cumplimiento de un deber conforme a una norma terapéuticamente inválida, o invocando la *lex artis* como mandato especial.

5. CONCLUSIONES

Hemos visto que las demandas hacia el profesional pueden provenir de la autoridad, del paciente o sus representantes. Ahora

184:137, 1939; *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Compañía Primitiva de Gas*, Fallos 211:958, 1948; *Benítez*, Fallos: 332:2815, 2009; *Fernández de Kirchner*, Fallos: 343:195, 2020. En el derecho español: cfr. STC 148/1994, de 12 de mayo, fundamento jurídico 4; 244/1994, de 15 de septiembre, fundamento jurídico 2; 64/1997, de 17 de marzo fundamento jurídico 3; 160/1997, de 2 de octubre, fundamento jurídico 7. En Estados Unidos: Cfr. *MC Govern vs. New York* (229 US 363), *Chicago life Insurance vs. Cherry* (244 US 25), entre otros.

bien, más allá del origen de la solicitud, de estos casos donde se pone en riesgo la libertad de actuación médica podemos identificar tres niveles de conflicto según los sistemas de conocimiento que entran en disputa.

El primer nivel muestra una colisión entre dos sistemas de conocimiento diferenciados, donde solo uno goza de legitimidad por la comunidad científica, mientras que el otro es reconocido como pseudo ciencia o *mala medicina*. Esta última calificación se identifica con terapias opuestas a los fines de la medicina o cuando existe consenso científico en contra de su valor terapéutico. Sería el caso de las esterilizaciones de pacientes psiquiátricos, donde el tratamiento exigido al profesional carece de una finalidad terapéutica. También la dispensación de ibuprofeno de sodio y ozonoterapia, en la medida que, según el estado del arte, no existe evidencia científica a favor de su confiabilidad. De hecho, la comunidad científica tiende a una opinión casi unánime en contra de su valor. En el mismo grupo pueden incluirse: los abortos no terapéuticos a demanda, los partos domiciliarios contraindicados, la utilización de complejos no probados como la *crotoquina* A y B fuera del marco de pruebas, o el expendio de cannabis con fines recreativos.

Un segundo nivel de conflicto se produce dentro de un sistema científico, en donde dos subsistemas se disputan la legitimidad, resultando excluyentes entre sí. En estos casos, lo que se encuentra en juego es una discusión científica, colisión de paradigmas técnicos, dinámica característica del avance de la medicina. Por ejemplo: las terapias de bloqueo hormonal en menores, la dispensación de determinados fármacos con compuestos de dudosa efectividad, etc.

Finalmente, existe un tercer nivel de conflicto, dentro de un subsistema científico que, según las circunstancias concretas, llevan

a tomar estrategias terapéuticas diferentes. El ejemplo paradigmático es el profesional que con habitualidad practica abortos, pero a tenor de las circunstancias del caso debe reconsiderar la estrategia sanitaria.

En cualquiera de los tres niveles, la restricción de la libertad de actuación médica trae una serie de dificultades prácticas. Además del evidente riesgo producido al paciente, destacamos:

1. la subversión y sustitución de la ciencia médica,
2. la invalidez del acto médico,
3. la ruptura del deber de independencia de criterio,
4. la posible aparición de un poder público ejercicio de modo irrazonable,
5. la desnaturalización de la función propia de los colegios profesionales y
6. la consagración de la irresponsabilidad como principio en base a una presunta "obediencia debida".

Con ello, ha quedado de manifiesto que la herramienta jurídica que proponemos debe salir al cruce de estas dificultades y permitir:

1. preservar el prestigio social de la medicina y el contenido esencial de la libertad de actuación médica,
2. asegurar cautelarmente los bienes fundamentales de la vida y la salud del paciente,
3. permitir el regreso sin demoras a la racionalidad y
4. habilitar una instancia de revisión suficiente.

CAPÍTULO IX

EL CONCEPTO DE OBJECCIÓN DE CIENCIA MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

Desde el comienzo del desarrollo de esta tesis hemos querido que quedase manifiesto el estrecho diálogo que entabla la medicina con el Derecho. Se ha visto cómo la Ciencia y el Derecho son interlocutores en un mismo canal de comunicación, donde se nutren recíprocamente. En el plano práctico, el profesional se sitúa en medio de esa fluida comunicación, pues en el ejercicio de su oficio está en constante coloquio con ambos.

A partir de la problematización esbozada y los elementos de la primera parte, hemos pensado en una novedosa herramienta jurídica, que garantice la libertad de actuación del médico y legitime el rechazo voluntario y pacífico de solicitudes de la autoridad o del paciente, justificado en razones esencialmente médico-científicas. Siguiendo la tradición que viene afianzándose en la Bioética, las ciencias de la salud e incipientemente en la doctrina jurídica, hemos decidido darle a esta herramienta el nombre de *objección de ciencia médica*.

A lo largo de las próximas páginas revisaremos qué tratamiento le han dado los autores, para finalmente proponer una definición propia. Desde esta idea, el capítulo puede encabezarse con los siguientes interrogantes:

- §. 17. ¿qué entiende la Bioética por objeción de ciencia médica?,
- §. 18. ¿cómo la han conceptualizado las ciencias de la salud? y
- §. 19. ¿cómo la definen los juristas?

2. CONCEPTO DE LA OBJECCIÓN DE CIENCIA

El sintagma “objeción de ciencia” ha venido acuñándose desde hace algunos años. Tratándose de una realidad sanitaria, no resulta extraño que su estudio haya sido multidisciplinario. Encontramos menciones expresas de este concepto en la bioética, la filosofía y las ciencias de la salud⁷⁴⁷.

De manera incipiente pero audaz, los exponentes de la doctrina jurídica también lo han abordado en sus trabajos, intentando acercarse a una definición. Aunque de modo difuso, la producción en el Derecho comparado se encuentra bastante extendida. En algunos casos, la doctrina ha identificado este instituto como un supuesto independiente al de la tradicional objeción de conciencia, mientras que en otros lo han tratado como parte integrante de ella. Asimismo,

⁷⁴⁷ No pretendemos hacer un análisis exhaustivo desde la bioética, la filosofía o las ciencias de la salud acerca de la conveniencia, utilidad o naturaleza de la objeción de ciencia. Con el presente acápite buscamos dar visibilidad al instituto y cómo aquél ha sido recogido expresamente por otras disciplinas ajenas al Derecho.

la relevancia que ha tomado este innovador concepto, lo llevó a posicionarse como temática de discusión en prestigiosos foros académicos⁷⁴⁸.

Aquellos que decidieron adentrarse en su estudio parecen coincidir en una primera idea: la objeción de ciencia médica, en cuanto derecho, protege al galeno de instrucciones contrarias a su *lex artis* y lo dispensa de actuar siempre que las órdenes recibidas sobre la elección de la terapia puedan objetarse a partir de razones técnicas o científicas.

a. LA OBJECIÓN DE CIENCIA DESDE LA BIOÉTICA

En el campo de la bioética existe una tendencia a diferenciar, al menos conceptualmente, la objeción de ciencia médica de la

⁷⁴⁸ TOLLER realizó una sucinta referencia a la “objeción de ciencia”, en el ejercicio de profesiones liberales en virtud de la cual no puede ser obligado a realizar algo contra su *lex artis*. Cfr. TALE, Camilo, “Notas. Noticias. Cursos. Jornadas. Congresos: Segundo congreso Nacional de Filosofía del Derecho”, *El Derecho - Filosofía*, 2009, Tomo 235, 1109, cita online ED-DCCLXXI-67. Por su parte SANTIAGO hizo lo propio en el Colegio de Médicos de Concepción en la Provincia de Tucumán (Argentina), en la conferencia titulada “El derecho constitucional a la objeción de ciencia y de conciencia” realizada el 5 de agosto de 2015. En el mismo sentido, recordamos nuestra conferencia en el Congreso Nacional de Derecho Sanitario de la Asociación Española de Derecho Sanitario titulada “Objeción de ciencia y de conciencia: instituciones autosuficientes del Derecho sanitario iberoamericano”, en Madrid, los días 20 y 21 de octubre de 2022 y la Jornada “Deontología profesional y derecho: límites al alcance de la libertad individual” realizada el 14 de octubre de 2022 en la universidad Francisco de Vitoria en Madrid. Allí se abordó particularmente la objeción de ciencia aplicada a las prácticas de eutanasia.

tradicional objeción de conciencia⁷⁴⁹. El Comité de Bioética español define a la primera como “un disenso, de base científica, respecto al diagnóstico, pronóstico o tratamiento, más recomendable para abordar la situación del paciente”⁷⁵⁰. Aunque el concepto es aún difuso y los estudios no son concluyentes, sus aportes resultan significativos y de ellos pueden extraerse algunos elementos.

Un primer elemento es la conducta material de rechazo. SÁNCHEZ Y GONZÁLEZ afirma que la objeción de ciencia consiste en “negarse a realizar un procedimiento o utilizar un material del que hay razones para considerar perjudicial o inútil para el enfermo”⁷⁵¹. Algunos doctrinarios de esta disciplina sostienen una modalidad de objeción de conciencia que denominan *positiva*⁷⁵² la cual facultaría a los profesionales no ya a abstenerse de lo que la autoridad o el paciente ordena, sino a hacer lo que la autoridad o el paciente prohíbe.

⁷⁴⁹ “Es necesario distinguir la objeción de conciencia de la objeción de ciencia (por los conocimientos científicos disponibles)” BARREIRO, Pablo y SORIANO, Vicente, *Coloquios de Ética Médica*, Biblioteca Online SL, Madrid, 2022.

⁷⁵⁰ Informe del CBE sobre la Objeción de Conciencia en el marco de la Ley de Eutanasia del 15 de julio de 2021, disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20sobre%20la%20Objecion%20de%20Conciencia.pdf> el 3 de enero de 2023.

⁷⁵¹ SÁNCHEZ Y GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Bioética en Ciencias de la Salud*, Elsevier España, Barcelona, 2021, 2ª Ed., p. 175.

⁷⁵² Cfr. Informe del CBE sobre la objeción de conciencia... En el mismo sentido, cfr. SINGER, Peter, *Ética práctica*, Akal, España, 2009, pp. 250-264, traducción de Rafael HERRERA BONET; GREENAWALT, Kent, *Conflicts on law and morality*, Oxford University Press, 1987, pp. 318-321 y DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Clarendon Press, 1985, p. 107. Este último autor propone como ejemplo a quien abre la puerta a un esclavo para fugarse.

Debemos decir que, al menos expresamente, sus conclusiones no se han extendido al instituto que estudiamos.

Un segundo elemento es el sujeto que emite la instrucción y al que se dirige el rechazo. Desde esta perspectiva, la objeción de ciencia puede interponerse frente a instrucciones provenientes de la autoridad o pedidos del paciente⁷⁵³.

Un tercer elemento lo encontramos en su fundamentación. Los autores reconocen que la objeción de ciencia debe basarse en criterios científicos. Algunas veces se ha hecho mención de manera genérica a “razones científicas” o a la “evidencia científica” como recaudos para alegarla⁷⁵⁴. Así visto, el conocimiento médico y la práctica profesional resultan elementos insoslayables para justificar el rechazo a la voluntad del paciente y distinguir las dos modalidades de la objeción⁷⁵⁵. A este respecto, el Comité Nacional de Bioética italiano

⁷⁵³ MOREIRA sostiene que, en muchos casos, “[l]a negativa por parte del profesional en llevar adelante lo requerido por el paciente, no es una objeción de conciencia sino una objeción de ciencia”. MOREIRA, Griselda Ethel *et al.*, “Objeción de conciencia en salud, cómo superar la lógica de la confrontación” en TINANT, Edmundo Luis (Dir.), *Anuario de Bioética y derechos humanos 2019*, Buenos Aires, 2019, p. 63.

⁷⁵⁴ “A diferencia con la objeción de conciencia, en la objeción de ciencia hay una negativa a una determinada práctica, pero basada en razones científicas, porque el que lo plantea considera que las evidencias científicas desaconsejan dicha práctica”. AA. VV., *Nuevos retos...*, p. 174.

⁷⁵⁵ “Por otra parte, no es objeción de conciencia lo que se manifiesta contra la voluntad del paciente o de sus representantes, a no ser que esta voluntad vaya en contra de lo que aconseja el conocimiento científico y la práctica profesional. El derecho a rechazar un tratamiento [...] no puede entrar en conflicto con la *lex artis*”. Informe del CBE Sobre la objeción de conciencia... En el mismo sentido, ha

ha sostenido que la objeción de ciencia médica no se trata de una objeción de conciencia, sino de una valoración científica diferente respecto de lo expuesto en un precepto legal⁷⁵⁶. A su turno, recordemos que su par español afirmó que la objeción de ciencia tiene una naturaleza moral diferente a la de conciencia, pues en la primera no existe un auténtico imperativo legal, sino que pueden existir dudas relacionadas con la evidencia científica disponible para el caso concreto⁷⁵⁷.

Por último, y como cuarto elemento, la doctrina bioética ha entendido que la objeción de ciencia tiene por finalidad⁷⁵⁸:

1. la protección de la vida y salud del paciente,
2. la defensa de la *lex artis* y

dicho HERRANZ que “[e]sta obligación (de ciencia) exterioriza contenidos éticos-profesionales emblemáticos, tales como el respeto máximo a la vida de la tradición deontológica”. HERRANZ, Gonzalo, “Objeción de conciencia de las profesiones sanitarias”, *Scripta Theologica* 27 (1995), p. 549.

⁷⁵⁶ *COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA*, Dictamen sobre Vacunas de 22 de septiembre de 1995, p. 32, disponible en https://bioetica.governo.it/media/1906/p20_1995_vaccinazioni_it.pdf. La traducción nos pertenece. En el mismo sentido, la OMC española sostuvo “[u]n caso especial lo constituye la objeción de ciencia, en la que hay una negativa a una determinada práctica pero basada en razones científicas, porque el que lo hace considera que las evidencias científicas desaconsejan la práctica demandada; en este caso el objetor debe tener los argumentos suficientes como para justificar su discrepancia. AA. VV., *Nuevos retos...*, p. 68.

⁷⁵⁷ Ídem nota 709.

⁷⁵⁸ En este sentido, se ha dicho que la objeción de ciencia “se fundamenta en su apoyo a cumplir con buenas prácticas médicas”. MOREIRA, Griselda Ethel *et al...*, p. 63.

3. la promoción de buenas prácticas médicas.

En este mismo sentido, afirman RAMOS VERGARA y OLIVARES OSORIO, que esta objeción “tiene por fin resistir a la impostura de una malversación corruptora de la *lex artis* y, a la vez, ejercer un papel de concientización que recupere la virtud de la ciencia”⁷⁵⁹.

b. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA DESDE LAS CIENCIAS DE LA SALUD

Las ciencias de la salud también han estudiado nuestro concepto. En el ámbito científico, la objeción de ciencia aparece como un instituto distinto al de conciencia, y resulta de gran utilidad para la defensa de los derechos de los médicos. En Argentina, la Academia Nacional de Medicina ha expresado que los profesionales tienen derecho a actuar con total libertad de conciencia y según sus conocimientos científicos⁷⁶⁰. Se ha dicho también que la objeción de ciencia puede ofrecer una vía alternativa para la defensa legal de los profesionales sin tener que invocar una objeción de conciencia⁷⁶¹. Más aún, SAPAG-HAGAR considera que, en las situaciones donde habría motivos justificados para no dispensar determinado fármacos, el

⁷⁵⁹ RAMOS VERGARA, Paulina..., p. 116.

⁷⁶⁰ Cfr. ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA, Argentina, Declaración aprobada en Sesión Privada del Plenario Académico del 30-7-15.

⁷⁶¹ Cfr. MORALES GUZMÁN BARRÓN, Rossana,.... Esta misma idea es seguida por RODRÍGUEZ MARTÍN, Esteban..., pp. 125-167; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Ana Carmen, “Diagnósticos prenatales: información a los padres”, *Cuadernos de Bioética* 20 (2009), p. 52; entre muchos otros.

profesional debería plantear una objeción de ciencia y “solo si esta no tiene acogida deberá recurrir a la «objeción de conciencia»”⁷⁶².

El diccionario de la Clínica Universitaria de Navarra la define como la “[n]egativa de raíz técnica a la práctica de alguna actuación que se exige al médico. Dentro de la práctica de la medicina, pueden existir varias opiniones distintas sobre la misma cuestión técnica y solo las descabelladas deben tenerse por incorrectas”. A partir de esta definición, distintos autores han intentado conceptualizar el instituto. Han dicho que la objeción de ciencia es una facultad del profesional que permite

cuestionar la conveniencia de determinados tratamientos, basándose en su competencia y cualificación técnica y en su autonomía científica para la prescripción de ciertos fármacos, cuando considera que pueden ser perjudiciales para la salud de un sujeto.⁷⁶³

⁷⁶² “El farmacéutico, ante la obligación de dispensar un anticonceptivo y, más aún, de un anticonceptivo-abortivo, si considera que no debe hacerlo tiene que plantear una «objeción de ciencia» y solo si esta no tiene acogida deberá recurrir a la «objeción de conciencia». SAPAG-HAGAR, Mario, “Bioética: al encuentro de una conciencia. Bioética para farmacéuticos, bioquímicos y médicos” en *Escritos de Bioética* 3 (2009), p. 48.

⁷⁶³ TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, “La objeción de conciencia farmacéutica a la píldora postcoital”, *Cuadernos de Bioética* (2002), p. 120. Esta misma definición es repetida en AGULLES SIMÓ, Pau, *La objeción de conciencia farmacéutica en España*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2006, pp. 99-100. En el mismo sentido, cfr. TUDELA CUENCA, Julio, *La contracepción de emergencia: Aspectos farmacológicos y de información pública implicados en su valoración bioética*, Universidad Católica de Valencia, Valencia, 2014, p. 125 y ss. (Tesis doctoral).

Siguiendo los elementos que desarrollamos en el acápite anterior, la definición aportada por las ciencias de la salud coincide en lo sustancial con la perspectiva bioética.

En relación con su objeto, la doctrina científica afirmó que la objeción de ciencia médica se concreta en una omisión profesional. Ella busca “evitar un determinado comportamiento legalmente exigido, acudiendo al dictamen del propio conocimiento científico y técnico que el sujeto posee sobre la materia de que se trata”⁷⁶⁴. Ahora bien, a diferencia de las *objeciones científicas* (que podemos encontrar en estudio académicos), la objeción de ciencia médica no pretende una mera oposición a través de una reflexión científica, sino el respaldo legal a ese criterio técnico que la sustenta, a fin de evitar una sanción para el médico⁷⁶⁵. En estos casos, la objeción actúa a modo de cobijo legal, para que el profesional pueda brindar argumentos científicos y rechazar aquello que considera inconveniente⁷⁶⁶.

En relación con los actos contra los que procede, los profesionales han entendido que esta modalidad de objeción puede intentarse contra los pacientes y las autoridades. En particular, sobre el primer aspecto, la objeción de ciencia procedería “cuando en el seno de la relación entre profesional y el paciente, se demanda del primero una actuación que considera no conforme con su experiencia

⁷⁶⁴ AGULLES SIMÓ, Pau..., pp. 99-100. En el mismo sentido, cfr. TUDELA CUENCA, Julio...

⁷⁶⁵ Cfr. AGULLES SIMÓ, Pau..., pp. 73-74.

⁷⁶⁶ “Cuando se intenta encontrar el cobijo legal utilizando argumentos científicos se estará en el campo de lo que se denomina objeción de ciencia” LÓPEZ GUZMÁN, José, “Objeción de ciencia”, *Aula de la Farmacia* 37 (2007), p. 72.

profesional y/o los últimos conocimientos y avances de la ciencia respecto a la materia en cuestión”⁷⁶⁷.

En relación con su fundamentación, se afirma que este rechazo debe justificarse con motivos científicos⁷⁶⁸, es decir, con base en la discrepancia científica⁷⁶⁹. Esta circunstancia distingue el tratamiento de la objeción de ciencia de la tradicional objeción de conciencia, donde parecería estar en juego fundamentalmente una dimensión ética, distinta a la científica⁷⁷⁰. Es aquí donde la *lex artis* aparece como el elemento principal que debe consultarse en la fundamentación de esta clase de objeciones⁷⁷¹. Como se ha sostenido, en

⁷⁶⁷ DÍEZ FERNÁNDEZ, José Antonio y RODRÍGUEZ-PEÑA, Francisco M., “Propuesta de un marco deontológico para los biólogos españoles”, *Cuadernos de Bioética* 30 (2019), pp. 277-287.

⁷⁶⁸ En el mismo sentido ha dicho LÓPEZ GUZMÁN que “[l]a objeción de ciencia hace referencia a la omisión de una acción por motivos científicos”. LÓPEZ GUZMÁN, José, “Objeción de ciencia”, pp. 72.

⁷⁶⁹ CASASNOVAS, Luis Ciprés, “Ley de Eutanasia y objeción de conciencia”, *Revista Atalaya Médica Tulorense* 20 (2021), pp. 5-6.

⁷⁷⁰ LÓPEZ GUZMÁN, José y APARISI MIRALLES, Ángela, “La intervención de los farmacéuticos y enfermeros en la prescripción: una aproximación ético-legal”, *Derecho y Salud* 14 (2006), p. 178. En su nota 44, el autor insiste con que este tipo de omisión denominada “objeción de ciencia” habría que diferenciarla de la clásica “objeción de conciencia” determinada por cuestiones de índole ética. En este mismo sentido, cfr. MANZANO SALCEDO, Ángela, *Cuestiones éticas y legales en torno a la dispensa de la píldora del día después*, CEU Ediciones, Madrid, 2011, pp. 31-32.

⁷⁷¹ “Sin embargo, yo creo que, ante todo, hay una cuestión (si se me permite la expresión) de objeción de ciencia. Es decir la primera razón que tiene un médico para no realizar un aborto no es moral sino científica. [...] Por otra parte es contrario a la *lex artis* y, es de esperar, a la libertad profesional del médico para

la objeción de ciencia, la discrepancia expone un conflicto entre el profesional y la prescripción que agravia la *lex artis*; mientras que, en los casos de objeción tradicional, la confrontación se suscita entre la conciencia personal y la norma jurídica⁷⁷². Con los mismos argumentos, esta práctica puede extenderse a otros ámbitos ajenos a la medicina asistencial, como por ejemplo a las actividades de investigación. En efecto, ha sido dicho que el investigador puede acogerse a ella cuando sea posible “aducir razones de ciencia en virtud de su competencia profesional y formación científica para realizar la objeción ante una actividad o tarea no acorde a la verdad científica”⁷⁷³.

Siguiendo su teleología, nuestro concepto pretende —como sostuvo la doctrina bioética— proteger la *lex artis* frente a toda

elegir, y proponer, el tratamiento más adecuado”. DE MARTINI, Siro, “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos, en AA. VV., *El médico frente al aborto*. Buenos Aires, Educa, 2012, 16-17.

⁷⁷² “El conflicto real en la objeción de ciencia no es la confrontación entre la conciencia personal y procedimientos legales, de lo que se trata es de rebatir a una prescripción que agravia la *lex artis*, a través de argumentos científicos suficientes como para justificar tal discrepancia”. MONDRAGÓN BARRIOS, Liliana, “¿Objeción de conciencia en el campo de la salud mental?”, *Dilemata* 8 (2016), p. 329.

⁷⁷³ TOMÁS Y GARRIDO, Gloria María, SÁNCHEZ FIDELI, María Amparo, “Objeción de conciencia y de ciencia en la investigación de la industria farmacéutica”, *Cuadernos de Bioética* 20 (2009), p. 511. En el mismo sentido, se ha sostenido que “[l]a objeción de ciencia sería la objeción invocada por razones científicas, por ejemplo, de las personas integradas en centros de trabajo, de investigación o estudio, donde las actividades desarrolladas impliquen, en el presente o en el futuro, un serio daño para el medio ambiente, los seres vivos, la dignidad y los derechos fundamentales de las personas, como lo concerniente a la investigación genética por sus potenciales implicancias éticas, legales y sociales”. MONTERO VEGA, Adela y GONZÁLEZ ARAYA, Electra, “La objeción de conciencia en la práctica clínica”, *Acta Bioethica* 17 (2011), p. 126.

instrucción que considera discorde y corruptora⁷⁷⁴. Además, la objeción buscaría la protección del paciente a fin de lograr la inhibición del médico frente al acto que se le exige obrar⁷⁷⁵.

c. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA DESDE LA DOCTRINA JURÍDICA

El concepto de objeción de ciencia en la doctrina nacional y comparada ha tenido un abordaje disperso y, en muchos casos, inespecífico. Son escasos los trabajos que proponen una definición de este instituto. El tratamiento que se le ha dado ha venido a ser como un sucedáneo opuesto a la objeción de conciencia sanitaria. Probablemente la novedad del concepto y la comparación con la tradicional objeción de conciencia hayan contribuido a su imprecisión.

⁷⁷⁴ “En tanto, la objeción de ciencia trata de contradecir la instrucción que considera discorde y corruptora de la *lex artis*, en la que el individuo se niega a realizar una determinada práctica basada en razones científicas, por considerar que no hay sustento o evidencias científicas que permitan realizar la práctica demandada”. MONDRAGÓN BARRIOS, Liliana..., p. 321.

⁷⁷⁵ “Si el médico tuviese, no ya la certeza, sino una sospecha fundada, de que se utilizan productos, fármacos o medios poco eficaces, tiene el deber primordial de proteger a sus pacientes. En estos casos, como lo que se encuentra en conflicto es la salud de los pacientes, invocar la objeción de conciencia supondría una inhibición frente a un acto en el que se tiene deber de actuar”. VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique, “Derechos y obligaciones de los pacientes y los médicos. Relación médico paciente” en CALABUIG, Gisbert, *Medicina Legal y Toxicología*, Barcelona, 2019, 7ª Ed., p. 84.

Algunos autores como SANTIAGO han reconocido la necesidad de desarrollar el concepto con mayor minuciosidad⁷⁷⁶.

En España, PALOMINO la ha concebido como la oposición de los médicos a la voluntad del paciente, motivada por rasgos profesionales, *lex artis*, o motivos deontológicos⁷⁷⁷. A su turno, MEDINA CASTELLANO la definió como la posibilidad de que el médico rechace una determinada opción del paciente si esta es contraria a una correcta práctica médica⁷⁷⁸. DÍEZ FERNÁNDEZ la ha conceptualizado como el “rechazo de una determinada norma u orden por razones científicas o profesionales que se opongan a la libertad de método o de

⁷⁷⁶ SANTIAGO, Alfonso, *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Argentina, Buenos Aires, 2017, p. 352. “Buena parte de las prácticas médicas que se intentan imponer coactivamente, además de objeciones morales, merecen claros repasos científicos, tienen serias deficiencias de carácter médico: son mala medicina, imponen obligatoriamente tratamientos que pueden ser considerados «malas praxis médicas», más allá de que estén autorizadas o impuestas legislativamente. Hay que recuperar el carácter de profesión liberal de la medicina, para que sus profesionales no se vean obligados por leyes generales a realizar prestaciones (esterilizaciones, abortos, etc.) con las que ellos no están de acuerdo desde el punto de vista tanto médico como ético. El seguimiento de esas pautas generales amenaza en convertir a los médicos en meros instrumentadores de los deseos de sus pacientes o del legislador, desnaturalizando por completo la misión de su profesión”.

⁷⁷⁷ Cfr. PALOMINO, Rafael, “Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria”, *Revista Jurídica Digital UANDES* 1 (2017), pp. 167-169.

⁷⁷⁸ MEDINA CASTELLANO, Carmen Delia, “Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio”, *Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú* 69 (2012), p. 222.

prescripción del médico”⁷⁷⁹. En Uruguay, y en relación a la profesión farmacéutica, JUVENAL ha dicho que la objeción de ciencia “consiste en la capacidad del farmacéutico de negarse a dispensar un fármaco, que según su criterio profesional o ciencia, no provoca la curación deseada para el paciente”⁷⁸⁰.

Además de los conceptos transcritos, deben agregarse otras definiciones, que hemos agrupado según el lugar donde los autores ubican el instituto: mientras algunos lo consideran como una manifestación particular de la objeción de conciencia, otros auspician su autonomía.

i. LA OBJECIÓN DE CIENCIA COMO MODO ESPECÍFICO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Un primer grupo de autores considera que la objeción de ciencia sólo se entiende dentro de la de conciencia. Por ejemplo, JUVENAL afirma que, en la primera, el rechazo del individuo se justificaría en razones de índole moral pero también pueden concurrir fundamentos deontológicos y científicos que ayuden a considerar que la prescripción médica resulta éticamente dudosa⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ DÍEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, “El nuevo Código de Ética médica: la supervivencia de la deontología en el marco legislativo actual”, *Diario la Ley* N.º 7975, sección doctrina, 29 de noviembre de 2012.

⁷⁸⁰ JUVENAL, Javier, “La objeción de conciencia. Su régimen jurídico vigente en Uruguay, con especial referencia a su ejercicio por los funcionarios públicos”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* 28 (2015), p. 217-218.

⁷⁸¹ *Ibid.*

MONTANO aborda el caso de una manera similar, y ubica la objeción de ciencia dentro de la de conciencia. En efecto, sostiene:

también puede violentarse la conciencia, haciendo actuar contrariamente a lo que se entiende que es una correcta práctica profesional. [...] El médico formado para salvar vidas puede ver gravemente agraviada su conciencia cuando se le exige que realice determinada práctica médica⁷⁸²

De la misma manera, SIEIRA MUCIENTES afirma que la tradicional objeción, entendida como negativa sanitaria motivada por razones de conciencia, puede justificarse a partir de elementos religiosos, deontológicos o bioéticos⁷⁸³.

ii. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA COMO INSTITUTO INDEPENDIENTE DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Un segundo grupo de autores propone independizar los conceptos. A su vez, la intensidad con la que diferencian ambos institutos admite varios matices. Algunos doctrinarios consideran que la definición misma de objeción debe revisarse y niegan que la objeción de ciencia se trate de una verdadera objeción. A este respecto, la posición de ABELLÁN GARCÍA SÁNCHEZ es categórica:

⁷⁸² MONTANO, Pedro, “La objeción de conciencia como causa de justificación”, *Revista de Derecho (UCUDAL)* 13 (2017), p. 118-119.

⁷⁸³ SIEIRA MUCIENTES, Sara, “La objeción de conciencia sanitaria desde la perspectiva constitucional” en AA. VV., *VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario*, 2000, p. 294.

No debe confundirse la objeción de conciencia con la denominada objeción de ciencia, es decir, con el supuesto en que se discrepa de la estrategia clínica con un paciente. Las inevitables discrepancias producidas por una determinada aplicación científica o técnica no deben ser expuestas como modos de objeción ya que no tienen el mismo fundamento.⁷⁸⁴

Otros, abordan ambos institutos como objeciones, pero plantean que la principal diferencia se encuentra dada por los fundamentos para entablarlas. Así, el criterio objetivo⁷⁸⁵, científico y profesional sería el principal y eminente, la piedra de toque que distinguiría la objeción de ciencia de la tradicional objeción de conciencia. A su turno, REBECA KARINA ha propuesto que, dentro de un concepto más amplio y genérico de “objeciones de conciencia”, se reúnan sus dos especies: la de ciencia y la de conciencia *stricto sensu*. Según la autora, en ambos casos, el profesional advierte que lo exigido es inmoral partiendo de lo que sabe y conoce (objeción de ciencia) o lo que

⁷⁸⁴ ABELLÁN GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando, *Manual Bioético-legal de consultas en salud sexual y contracepción*, Sociedad Española de Contracepción, p. 64. En el mismo sentido, cfr. AA. VV., *Nuevos retos...*, p. 174.

⁷⁸⁵ “Y para hacerlo no necesita basar su objeción en algo que pueda ser tachado de subjetivo, cual es «la conciencia», puede perfectamente fundarlo en su ciencia. No objeta porque su credo religioso o su filosofía condenan el acto. Objeta porque en el caso de marras, sabe de qué se trata. Sabe y puede demostrar científicamente que el inicio de la vida humana -biológicamente hablando-, al igual que el inicio de la vida de cualquier mamífero placentario, se produce en el momento de la fecundación del gameto femenino por el gameto masculino...” HANNA DE ROSA, Marta, “Recepción jurisprudencial de la «objeción de conciencia». Comentario a la sentencia 586/015 en autos «Alonso, Justo y otros contra Poder Ejecutivo. Acción de nulidad»”, *Revista de Derecho* 12 (2015), p. 235. En el mismo sentido, cfr. MACÍA MORILLO, Andrea, *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*, REUS Editorial, Madrid, 2018, p. 241.

profesa (objección de conciencia)⁷⁸⁶. Esta última se entablaría en razón del sistema de creencias o convicciones religiosas mientras que la primera se fundaría en argumentos científicos. En el Derecho colombiano, citando a LÓPEZ MORATALLA, MORA-RESTREPO diferencia ambos institutos a partir de las razones que llevan a objetar cuando se utilizan argumentos científicos o convicciones religiosas⁷⁸⁷. De manera similar en el Derecho argentino, DE LA RIVA afirmó que

buena parte de los reparos que los profesionales de la salud puedan anteponer [...] no provienen de razones que les vienen dictadas por su conciencia personal (objección de conciencia), sino, en realidad, de consideraciones que encuentran su justificación en su saber científico (que bien puede calificarse, por ello, como *objección de ciencia*)⁷⁸⁸.

Asimismo, en debates parlamentarios, NAVARRO FLORIA ha destacado la necesidad de contemplar una objeción de conciencia y otra

⁷⁸⁶ REBECA KARINA, Aparicio Aldana, “Derecho de objeción de conciencia del personal médico y aborto. Análisis de una propuesta legislativa y de una sentencia del Tribunal Constitucional de España”, *Prudentia Iuris* 83 (2017), p. 334.

⁷⁸⁷ Cfr. MORA-RESTREPO, Gabriel, “Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas: El Mayflower a la deriva”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 13 (2011), p. 263. En el mismo sentido, PRIETO ha afirmado que para objetar la obligación de determinadas prácticas sanitarias, “[n]o hace falta acudir a razones religiosas, sino a científicas”. PRIETO, Vicente, *La objeción de conciencia en instituciones de salud*, Editorial Temis, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2013, p. 55.

⁷⁸⁸ DE LA RIVA, Ignacio, “El funcionario público objetor de conciencia frente al aborto (con particular referencia a los profesionales de la salud)”, *Forum* 13 (2022), p. 69.

de ciencia para las prácticas terapéuticas con las que el profesional disienta⁷⁸⁹.

En el Derecho español, ALTISENT TROTA identifica los casos de objeción de ciencia como aquellos en donde “un profesional tiene un criterio según el cual juzga que una determinada solicitud no está indiciada o está incluso contraindicada”⁷⁹⁰. El autor diferencia este instituto de la tradicional objeción de conciencia pues en esta última “lo que se suscita en teoría es sustancialmente diferente”⁷⁹¹. Debe decirse también que el autor advierte con prudencia que en algunas situaciones este distingo puede ser difícil de establecer. A su turno, ha dicho TOLOSA-TRIBIÑO que la objeción de ciencia “se trata de situaciones en las que el límite a la autonomía del paciente surge de la negativa de los profesionales sanitarios a llevar a cabo un procedimiento, y esa negativa no tiene una base ideológica (como en la objeción de conciencia), sino técnica o científica”⁷⁹². En el mismo

⁷⁸⁹ “Lo que ahora se pretende es imponer la obligación o la obligatoriedad del aborto, porque si se declara que hay un derecho humano al aborto y este derecho es exigible y no se reconoce al mismo tiempo el derecho a la objeción de conciencia y a la objeción de ciencia, se obliga a realizar abortos aún a quienes tienen profundas convicciones en contrario”. Versión taquigráfica de la intervención de NAVARRO FLORIA, Juan en la Comisión de Legislación penal del Congreso Nacional argentino del 17 de abril de 2018 disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/clpenal/reuniones/vt/vtcom.html?id=3670>.

⁷⁹⁰ ALTISENT TROTA, Rogelio..., p. 672.

⁷⁹¹ Ibid.

⁷⁹² TOLOSA-TRIBIÑO, César, “El derecho a la salud y la vacunación”, *Anales Real Academia Nacional de Medicina de España* 135 (2018), pp. 324-330. En el mismo

sentido, algunos autores como QUIJADA GONZÁLEZ y MARTÍ SÁNCHEZ hacen hincapié en la *lex artis ad hoc*, como fundamento de la objeción de ciencia, por oposición a la de conciencia⁷⁹³.

DEL MORAL GARCÍA coincide en que el profesional “[p]uede negarse a la dispensación cuando concurren razones de «ciencia» o «profesionales» que al igual que cualquier otro producto le imponen

sentido, LARIOS RISCO, David..., pp. 286-287. En esta línea ha dicho DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN que “[e]l propio Código [deontológico] reconoce otra modalidad de objeción como es la objeción de ciencia donde la divergencia que justifica la abstención del deber legal de obrar no es moral sino con base científica o clínica. [...] Esta modalidad de objeción por criterios técnico-científicos tendría encaje en los mecanismos de contrapeso del que depende el médico tanto frente a la autonomía del paciente (la facultad del médico de negarse a prestar la asistencia que se le exige por el paciente, siendo la misma contraria a la evidencia científica), como frente a la que ofrece la inserción de la autonomía médica en el marco de la prestación del servicio público” DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Objeción de conciencia positiva...”, pp. 11-12. El autor insiste con la idea en “Libertad profesional...”, pp. 11-51.

⁷⁹³ “Derecho del médico que le evita ser convertido en un simple mandatorio. Su actuación viene dada por el cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, como el conjunto de principios y reglas que han de inspirar su conducta profesional en cada momento, con base en la cual puede oponer objeción de ciencia y de conciencia ante determinadas peticiones del paciente”. QUIJADA GONZÁLEZ, Cristina, “Testamento Vital”, *Persona y Bioética* 18 (2014), p. 149. En este sentido, MARTÍ SÁNCHEZ afirmó: “Sobre todo merece destacarse que la definición de objeción de conciencia descarta confundirla con otras objeciones como la llamada objeción de ciencia, que nuestro mismo Derecho posibilita para aquellos que profesionalmente han de actuar de acuerdo a una «lex artis» y que, en razón de lo por ella prescrito para el mejor cumplimiento de sus obligaciones sociales, están facultados a no secundar la previsión de la ley general”. MARTÍ SÁNCHEZ, José María, “La objeción de conciencia: visión de conjunto”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 15 (1999), p. 47.

la obligación de no dispensarlo (objeción de ciencia)”⁷⁹⁴. En la misma línea, algunos autores han identificado los casos de objeción de ciencia allí “donde la divergencia entre conductas o cursos de acción tiene una base científica o clínica y no moral”⁷⁹⁵. Más allá de las diferencias teóricas sobre su fundamentación, ALBERT considera que a la hora de tomar una resolución profesional, evidentemente existe una decisión moral, pero la fuente de esta clase de objeción no debe buscarse en un juicio de la conciencia, sino en la literatura científica⁷⁹⁶.

Complementando esta diferencia, DíEZ FERNÁNDEZ propone distinguir las objeciones de ciencia y conciencia, a partir de la fuente de la cual emana la justificación profesional. En efecto, afirma:

Habrà que analizar detenidamente qué supuestos son [objeción de conciencia] y qué comportamientos profesionales responden sencillamente al cumplimiento de la ley y/o del Código deontológico (objeción de legalidad) o constituyen imperativos de buena praxis (objeción de ciencia).⁷⁹⁷

⁷⁹⁴ DEL MORAL GARCÍA, Antonio..., p. 189.

⁷⁹⁵ AA. VV., *Revista bioética y el arte de elegir*, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Madrid, 2014, 2ª Ed., p. 104.

⁷⁹⁶ “Suele hablarse en este sentido, de «objeción de ciencia», en la medida en que la posición del profesional no se basa en un juicio de su conciencia, sino en lo que establece la literatura científica acerca de lo que es debido en aras de una buena praxis profesional”. ALBERT, Marta, *Libertad de Conciencia*, Digital Reasons, Barcelona, 2013.

⁷⁹⁷ DíEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, “Marco jurídico...”, p. 98. Esta idea es reiterada en DíEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, “Autonomía del paciente...”, pp. 51-60. En el mismo

Por el contrario, LÓPEZ GUZMÁN identifica la objeción de ciencia como una objeción de legalidad y afirma que “la objeción de legalidad aplicada a supuestos sanitarios, cuando existe una base científica para avalar la opción, es una objeción de ciencia”⁷⁹⁸. Por último, DE MIGUEL BERIAIN expone que la objeción de ciencia procede cuando el pedido del paciente se encuentra amparado por la ley vigente, pero resulta contrario a la *lex artis*. Al contrario, los casos en los que el pedido del paciente coincide con la *lex artis* —dice el autor— no resulta correcto tratarlos como una objeción de ciencia⁷⁹⁹.

d. EN DIÁLOGO CON LOS AUTORES TRATADOS

Habiendo repasado a estos autores, desde la perspectiva jurídica hemos de realizar algunas observaciones de las definiciones propuestas y su posible anclaje dentro de la tradicional objeción de conciencia.

Como se ha visto, un primer grupo de doctrinarios consideran que la objeción de ciencia debe entenderse como una manifestación específica de la objeción de conciencia. Estos autores como

sentido, cfr. AGULLES, Pau, “Objeción de Conciencia” en MIRANDA MONTECINOS, Alejandro y CONTRERAS AGUIRRE, Sebastián (Ed.), *Problemas de Derecho Natural*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015, 1ª Ed., pp. 613-638.

⁷⁹⁸ LÓPEZ GUZMÁN, José, *¿Qué es la objeción de conciencia?*, EUNSA, Pamplona, 2011, pp. 94-95.

⁷⁹⁹ DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, “La objeción de conciencia del farmacéutico: una mirada crítica”, *Revista de Derecho UNED* 6 (2010), pp. 173-198. En el mismo sentido, cfr. OJEDA RIVERO, Rafael..., p. 669.

MONTANO, JUVENAL o SIEIRA MUCIENTES parten de la acertada idea de que una exigencia en contra del conocimiento científico resultaría reprobable moralmente. Es válido sostener, desde la perspectiva ética, que obrar en contra de la ciencia médica resulta una conducta que violenta la conciencia formada del profesional y, a la luz del principio de no maleficencia, puede catalogarse como reprochable.

No obstante, por el carácter omnicompreensivo de “conciencia”, asimilar ambas objeciones nos parece impreciso. Dentro de esta categoría debería incluirse —a modo de cajón de sastre— la negativa de trabajar un día festivo y el rechazo de aplicar una vacuna contraindicada para el paciente. Un instituto de tal amplitud dificultaría su correcta regulación. Además, por los motivos que se expondrán en los capítulos siguientes, consideramos que presenta serias diferencias con la objeción tradicional que le exigen un tratamiento independiente⁸⁰⁰.

En el caso de REBECA KARINA, el abordaje de la objeción de ciencia, como manifestación de una categoría más amplia de objeciones de conciencia, diferenciándola de la *stricto sensu*, nos parece más acertada. De esta manera, queda patente la afectación al juicio de la razón práctica, pero dejando a salvo la diferenciación con el tradicional concepto. No obstante, abordar la objeción de ciencia dentro de un género amplio de objeciones de conciencia llevaría a reconocer que el fundamento último se encuentra en la libertad de conciencia y no en la libertad de actuación médica, lo cual también nos resultaría forzado sostener por los motivos que esbozamos antes.

⁸⁰⁰ Cfr. de este trabajo, XII.2.

A su vez, se encuentra el caso de los autores que abogan por un tratamiento diferenciado entre ambas objeciones a partir de su fundamento. Entre ellos encontramos a DE LA RIVA, MORA-RESTREPO, ABELLÁN GARCÍA SÁNCHEZ, ALTISENT TROTTA, TOLOSA-TRIBIÑO y DEL MORAL GARCÍA. Coincidimos con su tratamiento diferencial, aunque de su lectura no se advierte una refutación contundente de las consideraciones anteriores. Distinto es el caso de ALBERT que enfrenta la observación primera con una postura pragmática. Consideramos que aquella resulta pertinente en la medida que, desde el conocimiento intuitivo, reconoce situaciones distintas que se presentan en la práctica médica.

Dentro de este segundo grupo, encontramos autores que abogan por una mayor distinción haciendo un paralelismo entre la objeción de conciencia, de ciencia y de legalidad. A este respecto, con habilidad DÍEZ FERNÁNDEZ afirma que el rechazo a las solicitudes de los pacientes y de la autoridad por el médico pueden ser tratados como una objeción de legalidad. Bajo esta idea, la cuestión quedaría planteada entre dos normas que exigen prácticas médicas contrapuestas y en cuyo conflicto debe primar el deber de ejercer correctamente la ciencia. No obstante, nos resulta difícil distinguir algunos supuestos concretos que aparecen en las fronteras entre la *lex artis* y las normas deontológicas, lo que aumentaría la incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica entre objeción de ciencia y de legalidad. Por ejemplo, como hemos expuesto, los códigos deontológicos contienen el deber expreso de obrar conforme a la *lex artis*, lo cual en el caso podría encuadrarse dentro de ambas objeciones.

Por último, consideramos acertado el abordaje de DE MIGUEL BERIAIN sobre el amparo legal con el que debe contar la solicitud del paciente. En efecto, la importancia de un deber normativo, directo (a través de un deber al profesional), o indirecto (a través de

derechos de los pacientes), resulta capital para entablar una objeción. En caso de que estas exigencias no se encontraran, estrictamente no hablaríamos de una objeción sino del ejercicio regular de una libertad protegida.

3. CONCLUSIONES

Al comienzo del capítulo hemos intentado una primera aproximación desde el conocimiento intuitivo. La problematización de la medicina exigía una herramienta jurídica legitimadora de la desobediencia del profesional por razones científicas ante mandatos contrarios a la medicina para garantizar el libre ejercicio profesional. Quedó demostrado que la objeción de ciencia ha sido materia de estudio de otras disciplinas, además de la jurídica. Los aportes de la bioética y las ciencias de la salud enriquecen el debate y muestran la relevancia y actualidad que tiene el instituto en sus respectivos ámbitos.

Luego del repaso de las definiciones aportadas por la bioética, las ciencias de la salud y el Derecho, y nuestras críticas, consideramos pertinente ofrecer un concepto jurídico. Conforme se desarrollará a continuación, desde la acepción técnico-jurídica, la objeción de ciencia puede definirse como el derecho humano —integrante de la libertad de actuación médica y reconocido de manera implícita o explícita— consistente en la facultad del médico de rechazar, voluntaria y pacíficamente, órdenes y prohibiciones dispuestas por las normas jurídicas, sin que dicha inobservancia conlleve un perjuicio directo al profesional. Esta objeción está justificada en el criterio

médico y es reconocida con la finalidad de garantizar la libre actuación del profesional y defender la vida y salud del paciente⁸⁰¹.

⁸⁰¹ Los elementos de esta definición serán desarrollados a continuación. Para una identificación más rápida en el texto sugerimos cfr. de este trabajo: XI.4.b sobre la naturaleza de derecho humano, X.5 sobre su reconocimiento implícito y explícito, XI.4.a sobre su derivación del contenido esencial de la LAM, XII.3 sobre la facultad del médico como objeto de la OC y XII.4 sobre los sujetos obligados a respetar el ejercicio de la objeción.

CAPÍTULO X

RECONOCIMIENTO DEONTOLÓGICO, JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA OBJECCIÓN DE CIENCIA MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

Luego de conceptualizar la objeción de ciencia, en el presente capítulo buscaremos mostrar cómo ha sido tratada desde la deontología, el ordenamiento legal y la jurisprudencia. A lo largo de estas páginas intentaremos responder los siguientes interrogantes:

§. 20. la objeción de ciencia, ¿se encuentra reconocida por la deontología médica?,

§. 21. ¿qué recepción tiene en el ordenamiento legal? y

§. 22. ¿cómo la ha abordado la jurisprudencia?

2. RECONOCIMIENTO DEONTOLÓGICO MÉDICO

En el mundo occidental, la objeción de ciencia ha sido recogida expresamente en varios ordenamientos deontológicos. Asimismo, la encontramos estrechamente vinculada con dos pilares

fundamentales: el deber de ciencia y de independencia profesional. Estas columnas, de las cuales inferimos la objeción de ciencia, se encuentran presentes en diversos cuerpos de ética médica tanto a nivel local, como regional e internacional.

a. DEONTOLOGÍA EN ARGENTINA

La objeción de ciencia tiene reconocimiento expreso en los códigos deontológicos provinciales y en el orden nacional. La definición más completa se contiene en el artículo 64º inciso 2º del Código de Ética médica de Buenos Aires. En este artículo, se distingue la objeción de ciencia de la tradicional objeción de conciencia. Para una mayor claridad, transcribimos el texto completo:

1. La objeción de conciencia ha de operar siempre con un sentido moral por lo que se deben rechazar, como actos de verdadera objeción, aquellos que obedezcan a criterios de conveniencia u oportunismo o científicos.
2. La objeción de ciencia tiene una protección deontológica al amparo del derecho a la libertad de método y prescripción, siendo diferente de la objeción de conciencia.
3. El médico debe comunicar al responsable de garantizar la prestación y, potestativamente, al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia. El Colegio de Médicos le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria.

Además de su consagración general, la objeción de ciencia ha sido expresamente legislada para algunas materias específicas en las que el médico debe informar esta situación y negarse a continuar

la atención. Concretamente, esta cláusula se verifica en los casos en que participan:

1. médicos funcionarios que deben efectuar prestaciones incompatibles con las obligaciones inherentes al cargo que desempeñan⁸⁰² y
2. médicos que atienden pacientes cuyas convicciones religiosas comporten un atentado a la salud que se pretende tratar⁸⁰³.

Más allá del reconocimiento expreso, implícitamente puede inferirse la existencia del instituto estudiado. La objeción surge como derivación necesaria de la existencia de derechos y deberes que, si no contaran con una herramienta para garantizar su ejercicio, tendrían imposibles. En otras palabras, la objeción de ciencia evita que las obligaciones y facultades de quienes intervienen en la

⁸⁰² Sostiene el artículo 94º del CE de Buenos Aires, que “[e]l profesional, como funcionario del Estado o de organismos asistenciales de cualquier naturaleza, tiene derecho a rechazar aquellas atenciones que no encuadren dentro de las obligaciones inherentes al cargo que desempeña”. En este mismo sentido, cfr. artículos 93º del CE de Santiago del Estero, 98º del CE de Santa Cruz, 99º del CE de Río Negro y 95º del CE de La Pampa.

⁸⁰³ Sostiene el artículo 57º del CEMES que el profesional “[d]ebe respetar las creencias religiosas del enfermo no oponiéndose a sus prácticas, salvo que el precepto religioso signifique un atentado contra la salud que está obligado a proteger. En este caso lo hará saber al enfermo y se negará a continuar con su atención si el mismo persiste en su posición”. Esta idea es repetida en otros cuerpos deontológicos provinciales. Cfr. artículos 15º del CE de La Pampa, 16º del CE de Buenos Aires, 12º del CE de Río Negro, 16º del CE de Santa Cruz, 13º *in fine* del CE de Córdoba, 11º del CE de Misiones, 11º del CE de Salta, entre muchos otros.

relación sanitaria se tornen ilusorias. En este sentido, la objeción posibilita al profesional:

1. disponer de libertad en el ejercicio profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad⁸⁰⁴,
2. ofrecer su completa lealtad al paciente brindando todos los recursos de su ciencia⁸⁰⁵,
3. repeler las intromisiones ilegítimas que pretendan limitar la independencia profesional⁸⁰⁶ imponiendo circunstancias ajenas al estricto criterio científico⁸⁰⁷,
4. ejercer y recetar libremente de acuerdo con su ciencia y conciencia⁸⁰⁸,

⁸⁰⁴ Cfr. artículos 48º del CEMES, 111º, 200º y 204º del CE de la COMRA, 19º del CE de Buenos Aires, entre muchos otros.

⁸⁰⁵ Cfr. artículos 100º del CE del Consejo Argentino de Oftalmología y 172º del CE médica de la COMRA.

⁸⁰⁶ Cfr. artículos 81º del CE de Córdoba, 21º y 108º del CE de Misiones y 21º del CE de Salta.

⁸⁰⁷ Cfr. artículo 48º *in fine* del CE del Consejo Argentino de Oftalmología y 119º *in fine* del CE médica de la COMRA.

⁸⁰⁸ Cfr. artículo 119º del CE del Consejo Argentino de Oftalmología, 209º del COMRA, 60º y artículo final del CEMES, 132º del CE de Salta, entre muchos otros.

5. no confiar sus enfermos a la aplicación de tratamientos que no hayan sido sometidos al control de las autoridades científicas reconocidas⁸⁰⁹,
6. no ser coaccionado por motivos ideológicos, económicos o políticos de manera indigna para su ciencia y arte⁸¹⁰ y
7. responder por los riesgos, reacciones o resultados desfavorables, como consecuencia de prescribir o efectuar procedimientos que no estén avalados científicamente⁸¹¹.

b. DEONTOLOGÍA EN AMÉRICA LATINA

En varios países de Latinoamérica, los Códigos deontológicos también recogen expresamente la objeción de ciencia.

Hacia el este y cruzando el Río de la Plata, en la República Oriental del Uruguay, el profesional se encuentra facultado para excusarse de la atención cuando un paciente le exige un tratamiento

⁸⁰⁹ Cfr. artículos 27º, 115º y 151º del CE médica de la COMRA, 96º del CEMES, 9º inciso a] y 18º del CE de Buenos Aires, 86º del CE de Córdoba, 16º y 60º del CE de Misiones, 16º y 60º del CE de Salta, 25º del CE de Santa Cruz, 20º del CE de Santiago del Estero.

⁸¹⁰ Cfr. artículo 201º del CE médica de la COMRA: “Todo médico tiene derecho a no ser coaccionado por motivos económicos, políticos o ideológicos ni a serlo para ejercer su profesión de manera indigna para su ciencia y su arte”.

⁸¹¹ Cfr. artículo 67º del CEMES...: “Los miembros del Equipo de Salud son responsables de los riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos, de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica, al prescribir o efectuar procedimientos o tratamientos que no estén avalados científicamente”.

científicamente inadecuado o inaceptable. Esta facultad ha sido reconocida como una verdadera manifestación del derecho de libertad de prescripción médica⁸¹².

Hacia el oeste y del otro lado de la Cordillera de los Andes, en Chile el profesional puede negarse a cubrir prestaciones que se hallen en contra de su convencimiento clínico⁸¹³. Asimismo, el Código deontológico reconoce que, en el marco de un trabajo asistencial colectivo, quien ostenta la dirección del grupo debe aceptar el rechazo de los profesionales a su cargo cuando opusieran una objeción razonada de ciencia o de conciencia⁸¹⁴.

⁸¹² Cfr. artículo 35º inciso a) del CE médica de Uruguay: “El médico tiene derecho a prescribir el tratamiento que considere más conveniente y el procedimiento diagnóstico o terapéutico que crea más acertado, en armonía con las prácticas reconocidas por la comunidad médica. b) Si el paciente exigiera del médico un procedimiento diagnóstico o terapéutico que este, por razones científicas o éticas, juzgase inadecuado o inaceptable, el médico deberá explicar debidamente su posición. En caso de no ser aceptada su explicación, podrá excusarse de actuar”.

⁸¹³ Cfr. artículo 20º del CE de Chile: “El médico a quien se solicitaren prestaciones que vayan en contra de su conciencia o de su convencimiento clínico, podrá negarse a intervenir”.

⁸¹⁴ Cfr. artículo 67º del CE de Chile: “El ejercicio de la medicina no debe dar lugar a actuaciones medicas innecesarias. Sin perjuicio de las posibles responsabilidades subsidiarias, la responsabilidad deontológica no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo. La jerarquía existente en un equipo asistencial no podrá constituir motivo de dominio, exaltación personal ni delegación de responsabilidades. Quien ostente la dirección del equipo asistencial cuidará de que exista un ambiente de rigurosidad ética y de tolerancia hacia las opiniones profesionales divergentes. Asimismo, deberá aceptar que un integrante del equipo se rehusé a intervenir cuando oponga una objeción razonada de ciencia o de conciencia”.

Hacia el norte, el Código deontológico brasileño faculta al médico a suspender su actividad en caso de que la institución donde desarrolle sus funciones no ofrezca las condiciones adecuadas para el ejercicio profesional⁸¹⁵.

Próximos al Caribe, en República Dominicana el profesional puede negarse a continuar la asistencia médica si los pacientes o su núcleo familiar no toman las medidas de profilaxis necesarias para garantizar la seguridad de la asistencia⁸¹⁶. A su turno, en Guatemala y El Salvador los Códigos deontológicos reconocen que el médico queda dispensado de brindar asistencia a un paciente, cuando:

1. luego de ser correctamente informado, no accediera a someterse a un tratamiento idóneo o exigiese al médico uno científicamente inadecuado⁸¹⁷,

⁸¹⁵ Cfr. Capítulo 2, apartado V del CE médica de Brasil aprobado por resolución CFM 2217 de 2019. El texto original reza: *“Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina”*.

⁸¹⁶ Cfr. artículo 25º del CE de República Dominicana: “El/la médico que sea llamado, a prestar su asistencia a favor de alguna familia o comunidad, debe tomar las medidas que aseguren la indispensable profilaxis. Asimismo, debe empeñarse en que tanto los pacientes como quienes lo rodean adquieran clara conciencia de sus responsabilidades respecto a sus vecinos y de sí mismo. El/la debe, además imponer el debido acatamiento de las reglas de higiene y profilaxis; y en caso negativo, deberá, si fuese necesario, negarse a seguir prestando sus servicios al /a la enfermo [sic]”.

⁸¹⁷ Cfr. artículo 21º del CE de El Salvador: “Si el paciente debidamente informado no accediera a someterse a un examen o tratamiento que el médico considere

2. las prestaciones solicitadas no encuadren dentro de las obligaciones inherentes al cargo⁸¹⁸ o
3. el profesional tuviere razones científicas para apartarse de la práctica de la esterilización o fertilización asistida⁸¹⁹.

Por otro lado, al igual que en el ordenamiento nacional, en el sistema regional es posible inferir —a partir de otros derechos y deberes— que la objeción de ciencia es una realidad prevista en los Códigos deontológicos. En cuanto al deber de ciencia, el rechazo por razones técnicas permite al profesional proveer sólo medios

necesario, o si exigiese del médico un procedimiento que este, por razones científicas o éticas, juzgue inadecuado o inaceptable, el médico queda dispensado de su obligación de asistencia”. Cfr. artículos 32 y 35º del CE de Guatemala. El artículo 35º contiene idéntica redacción que su par salvadoreño. El artículo 32º hace referencia a la eximición de actuación médica en casos de tratamientos nocivos para la salud del paciente. Lo mismo sucede en Ecuador cuyo CE establece en su artículo 13º que “[e]l médico debe respetar las creencias religiosas e ideológicas de sus pacientes y no oponerse al cumplimiento de sus preceptos, siempre que no sean perjudiciales para su salud”.

⁸¹⁸ Cfr. artículo 37º del CE de El Salvador: “El médico que desempeña un cargo o plaza tiene derecho a negarse a efectuar asistencia que no encuadre dentro de las obligaciones inherentes al cargo, salvo situaciones de emergencia nacional, o peligro para la salud de la población, debiendo prestar su colaboración con las autoridades competentes, en la protección de la salud y la organización de la atención médica, a no ser que su estado de salud o su edad se lo impidan”.

⁸¹⁹ Cfr. artículo 79º del CE de El Salvador: “El médico por razones culturales, religiosas, legales, éticas o científicas, podrá abstenerse de la práctica de la esterilización o fertilización, e informará al paciente de su abstención y respetará la libertad de las personas interesadas en buscar otro médico. El Colegio Médico le prestará en todo caso el asesoramiento y apoyo necesarios”. Cfr. artículo 84º del CE de Guatemala cuya redacción es similar.

científicamente probados⁸²⁰, distinguiendo los hechos aceptados de las meras especulaciones o convicciones personales⁸²¹ y ejercer con corrección su ciencia⁸²². En cuanto a la independencia de criterio, la objeción de ciencia posibilita al médico:

⁸²⁰ Cfr. artículo 8º del CE de Uruguay: “El médico debe procurar los mejores medios científicamente aceptados de diagnóstico y tratamiento para sus pacientes[,] así como el rendimiento óptimo y equitativo de dichos recursos”. En sentido contrario, el CE de Costa Rica sostiene en su artículo 45º que “[e]l médico no puede proponer a sus pacientes o a los familiares de estos, como efectivo o sin peligro, un medicamento o procedimiento ilusorio o que no esté aprobado por las autoridades competentes”. Cfr. artículo XXVI del CE de Brasil: “*A medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados*”. Cfr. artículo 33º del CE de Guatemala.

⁸²¹ Cfr. artículo 17º del CE de Uruguay: “El médico debe distinguir los hechos científicamente aceptados, de sus opiniones o convicciones personales, dada su importante influencia en el pensar y el sentir social”.

⁸²² Cfr. artículo 12º del CE de El Salvador: “El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”.

1. ejercer su profesión con autonomía e independencia⁸²³, velando por el bienestar de los pacientes⁸²⁴ con una atención de calidad científica y humana⁸²⁵,

⁸²³ Cfr. artículo 32º inciso a) del CE de Uruguay: “El médico tiene derecho a ejercer su profesión con autonomía e independencia, de manera digna y libre de toda forma de coacción”. Cfr. artículo 69º del CE de Perú: “El médico debe rechazar toda solicitud u orden para actuar en contra de la dignidad, autonomía e integridad del paciente, sea que provenga de una persona natural o de una persona jurídica”. Cfr. artículo 13º del CE de República Dominicana: “El/la médico no puede, bajo ninguna circunstancia, enajenar su independencia profesional”. Cfr. artículo 104º del CE de Brasil: “*Deixar de manter independência profissional e científica em relação a financiadores de pesquisa médica, satisfazendo interesse comercial ou obtendo vantagens pessoais. VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho. XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basearse no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bemestar do paciente*”.

⁸²⁴ Cfr. artículo 53º del CE de Chile: “El médico debe mantener siempre una relación de independencia profesional con las empresas de atención sanitaria, productoras o distribuidoras de productos farmacéuticos, de dispositivos médicos o de alimentos, o aplicaciones o APP de salud. Las decisiones que afecten a sus pacientes deberán siempre velar por el bienestar de ellos, no pudiendo ser dirigidos primariamente a la obtención de beneficios personales”. El CE brasilero dice en su Capítulo 2, II: “*Derechos de los médicos: - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente*”.

⁸²⁵ Cfr. artículo 44º del CE de El Salvador: “Todos los pacientes tienen derecho a una atención de calidad científica y humana. El médico tiene la responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la especialidad de su práctica profesional, comprometiéndose a emplear los recursos de la ciencia médica, de manera adecuada a su paciente, según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance”. Cfr. artículo 9º del CE de Perú: “El médico debe ejercer la medicina sobre bases científicas y guiarse, para ello por procedimientos médicos validados”.

2. contar con condiciones óptimas para el ejercicio libre de la medicina⁸²⁶, con imparcialidad y objetividad crítica⁸²⁷,
3. evitar la intromisión de elementos ajenos a la naturaleza estrictamente médica en la prescripción o diagnóstico⁸²⁸ y

⁸²⁶ En el mismo sentido, cfr. artículo 45º del CE de El Salvador: “El médico debe disponer de libertad profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y calidad”. Cfr. artículo 9º del CE de República Dominicana: “El/la médico debe tratar de ejercer su profesión en condiciones óptimas para beneficio de sus pacientes. El/la médico no está obligado a ejercer su profesión bajo condiciones que puedan afectar desfavorablemente sus indicaciones o conducta médica”. Cfr. CE de Brasil Capítulo 2, IV: “*Recusase a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará com justificativa e maior brevidade sua decisão ao diretor técnico, ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver*”.

⁸²⁷ Cfr. artículos 15º y 16º de la Sección 2 del CE de México. Dice el artículo 15º: “El médico colegiado al emitir una opinión o juicio profesional en cualquier situación y ante cualquier autoridad o persona debe de ser imparcial, ajustarse a la realidad y comprobar los hechos con evidencias”. A su turno, sostiene el artículo 16º que “[e]l médico colegiado debe de evaluar todo trabajo profesional realizado desde una perspectiva objetiva y crítica”.

⁸²⁸ Cfr. artículo 85º del CE de Perú: “El médico, al prescribir un medicamento o cualquier otro procedimiento terapéutico o de diagnóstico, debe hacerlo por razones estrictamente médicas, y no por incentivos de otra naturaleza”. El CE brasilero establece entre las prohibiciones: “*Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade*”.

4. que ninguna disposición contractual, legal o estatutaria le prohíba ejercer su ciencia correctamente⁸²⁹.

De una manera similar, el Código de Principios Éticos y de Conducta de la Organización Panamericana de la Salud, reconoce un catálogo de valores básicos que vertebran su actividad y deben ser respetados por todos los miembros de la entidad. Entre esos principios se encuentra la “independencia con respecto a las autoridades externas”⁸³⁰.

C. DEONTOLOGÍA EN AMÉRICA ANGLOSAJONA

La deontología en Estados Unidos y Canadá también reconoce la objeción de ciencia en su ordenamiento, tanto implícita como explícitamente.

⁸²⁹ Cfr. artículo XVI del CE de Brasil: “*Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente*”.

⁸³⁰ Cfr. apartado I, sección B: “El presente Código se sustenta en los principios básicos del comportamiento ético y es compatible con las Normas de conducta de la administración pública internacional y las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos. Esos principios son: lealtad a las metas y la misión de la Organización, y al sistema de las Naciones Unidas; integridad, honradez e imparcialidad en los actos y las decisiones que puedan afectar a la OPS; transparencia y justicia; respeto por la dignidad, el valor y la igualdad de los demás; independencia con respecto a las autoridades externas; y tolerancia de las distintas culturas y puntos de vista”.

En Canadá, el *Code de déontologie de l'AMC* sostiene que el médico no puede discriminar a ningún paciente por motivo de edad, sexo, estado civil, salud, origen étnico, discapacidad, afiliación política, religión, orientación sexual o estatus económico⁸³¹. Fuera de esas causales, los motivos basados en su criterio científico-médico constituyen razones legítimas.

En Estados Unidos, la *American Medical Association* ha reconocido que, en algunos casos, el profesional debe apartarse de pedidos de los pacientes o de la autoridad, para no ser éticamente reprochable. En primer lugar, es deber del médico adaptar el contenido de la norma general en aquellos requisitos que fueran contrarios a los mejores intereses del paciente⁸³². En segundo lugar, y en relación con los tratamientos impuestos judicialmente a los reclusos, los deberes cívicos de los profesionales nunca pueden contradecir los principios fundamentales de la ética médica. En algunas ocasiones —según el texto de la norma— los profesionales se encontrarían habilitados para desobedecer estos mandatos, si se ordenara algún tratamiento:

1. terapéuticamente ineficaz,

⁸³¹ Cfr. artículo 17º del CE de la Asociación Médica Canadiense: “*Amorce et interruption d’une relation patient- médecin. Dans la prestation des services médicaux, n’exercer de discrimination envers aucun patient en raison, notamment, de son âge, son sexe, son état civil, son état de santé, son origine nationale ou ethnique, son incapacité physique ou mentale, son affiliation politique, sa race, sa religion, son orientation sexuelle ou sa situation socio- économique. Cette disposition ne prive pas le médecin du droit de refuser un patient pour des raisons légitimes*”.

⁸³² Cfr. Principio III del CE de la American Medical Association: “*A physician shall respect the law and also recognize a responsibility to seek changes in those requirements which are contrary to the best interests of the patient*”.

2. como forma de castigo,
3. sin una base científica sólida o
4. incoherente con las pautas de práctica clínica aceptadas a nivel internacional⁸³³.

En tercer lugar, los médicos pueden rechazar la atención del paciente, siempre que este solicite una práctica en la que el

⁸³³ Cfr. opinión 9.7.2. de la American Medical Association: “*Court-initiated medical treatments raise important questions as to the rights of prisoners, the powers of judges, and the ethical obligations of physicians. Although convicted criminals have fewer rights and protections than other citizens, being convicted of a crime does not deprive an offender of all protections under the law. Court-ordered medical treatments raise the question whether professional ethics permits physicians to cooperate in administering and overseeing such treatment. Physicians have civic duties, but medical ethics do not require a physician to carry out civic duties that contradict fundamental principles of medical ethics, such as the duty to avoid doing harm. In limited circumstances physicians can ethically participate in court-initiated medical treatments. Individual physicians who provide care under court order should: Participate only if the procedure being mandated is therapeutically efficacious and is therefore undoubtedly not a form of punishment or solely a mechanism of social control. Treat patients based on sound medical diagnoses, not court-defined behaviors. While a court has the authority to identify criminal behavior, a court does not have the ability to make a medical diagnosis or to determine the type of treatment that will be administered. When the treatment involves in-patient therapy, surgical intervention, or pharmacological treatment, the physician’s diagnosis must be confirmed by an independent physician or a panel of physicians not responsible to the state. A second opinion is not necessary in cases of court-ordered counseling or referrals for psychiatric evaluations. Decline to provide treatment that is not scientifically validated and consistent with nationally accepted guidelines for clinical practice. Be able to conclude, in good conscience and to the best of his or her professional judgment, that to the extent possible the patient voluntarily gave his or her informed consent, recognizing that an element of coercion that is inevitably present. When treatment involves in-patient therapy, surgical intervention, or pharmacological treatment, an independent physician or a panel of physicians not responsible to the state should confirm that voluntary consent was given*”.

profesional fuera incompetente o la terapia fuera científicamente inválida, ineficaz o incompatible con el conjunto de valores y creencias del médico⁸³⁴.

Asimismo, la objeción de ciencia surge como corolario de los deberes recogidos en el ordenamiento deontológico de la *American Medical Association*. En efecto, la opinión 5.5 sostiene que los médicos deben recomendar y proporcionar tratamientos que se encuentren probados científicamente. Por el contrario, no se encuentran obligados a brindar prestaciones que, según su mejor juicio, no puedan esperarse beneficios clínicos de manera razonable⁸³⁵. Esta idea se refuerza con la opinión 11.1.2, la cual exige el uso de evidencia

⁸³⁴ Cfr. opinión 1.1.2. de la American Medical Association: “*However, physicians are not ethically required to accept all prospective patients. Physicians should be thoughtful in exercising their right to choose whom to serve. A physician may decline to establish a patient-physician relationship with a prospective patient, or provide specific care to an existing patient, in certain circumstances: a) The patient requests care that is beyond the physician’s competence or scope of practice; is known to be scientifically invalid, has no medical indication, or cannot reasonably be expected to achieve the intended clinical benefit; or is incompatible with the physician’s deeply held personal, religious, or moral beliefs in keeping with ethics guidance on exercise of conscience*”.

⁸³⁵ Cfr. opinión 5.5. de la American Medical Association: “*Physicians should only recommend and provide interventions that are medically appropriate—i.e., scientifically grounded—and that reflect the physician’s considered medical judgment about the risks and likely benefits of available options in light of the patient’s goals for care. Physicians are not required to offer or to provide interventions that, in their best medical judgment, cannot reasonably be expected to yield the intended clinical benefit or achieve agreed-on goals for care*”.

científicamente fundada para tomar decisiones en el ámbito de la administración sanitaria⁸³⁶.

d. DEONTOLOGÍA EN EUROPA

En la Unión Europea, varios países han contemplado expresamente el concepto de objeción de conciencia en sus códigos deontológicos.

Un primer documento es el *“Common values of the liberal profession in the European Union”*, elaborado por el Consejo Europeo de las Profesiones Liberales. Este protocolo establece los principios que los Códigos europeos de Ética deben recoger. Especial relevancia tiene el artículo 3º el cual declara:

todos los profesionales liberales tienen derecho a ejercer su juicio personal en el marco de sus responsabilidades después de tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes, sin ninguna aplicación de influencia externa. Quienes utilizan servicios profesionales liberales tienen derecho a esperar que se lleve a cabo una evaluación de las circunstancias y que se brinde asesoramiento de manera imparcial y objetiva, sin presiones de fuentes externas y sin conflictos de intereses.⁸³⁷

⁸³⁶ Cfr. opinión 11.1.2 de la American Medical Association: *“To fulfill their obligation to be prudent stewards of health care resources, physicians should: Use scientifically grounded evidence to inform professional decisions when available”*.

⁸³⁷ La traducción nos pertenece. El texto original reza: *“Independence and Impartiality: Codes of Conduct should make it clear that liberal professionals have*

España tiene uno de los ordenamientos más tuitivos para el correcto ejercicio profesional. De manera sustancialmente idéntica al Código de Buenos Aires ya citado, el Código de Ética médica de la OMC ha definido el concepto en su artículo 35.1:

La objeción de ciencia tiene una protección deontológica al amparo del derecho a la libertad de método y prescripción, siendo diferente de la objeción de conciencia.

Esta definición debe leerse en sintonía con otros artículos del mismo Código que conforman su cortejo. Según el texto español el profesional queda eximido de actuar en procedimientos que, por razones científicas, juzgase inaceptables o inadecuados⁸³⁸. Al mismo tiempo, prohíbe la injerencia de normas contra la libertad de actuación y la evidencia científica.⁸³⁹ La misma objeción de ciencia se

the right to exercise personal judgement in the frame of their responsibilities after taking into account all relevant circumstances, without any application of external influence. Those who use liberal professional services have a right to expect assessment of circumstances to be carried out and advice to be given impartially and objectively, without pressure from external sources and without conflicts of interest”.

⁸³⁸ Cfr. artículo 10.10 del CE médica de la OMC española sancionado en 2022: “Si el paciente exige un procedimiento que el médico, por razones científicas, legales o deontológicas, juzga que es inadecuado o inaceptable, tras informar debidamente, el médico queda dispensado de actuar dejando constancia de ello en la historia clínica”.

⁸³⁹ Aunque este punto se encuentra recogido en distintos artículos del CE médica de la OMC española, destacamos tres de ellos.

Artículo 23.1: El médico en su actuación profesional solo debe emplear procedimientos diagnósticos y terapéuticos que cuenten con base científica.

predica de aquellos profesionales que se desempeñen como auxiliares de justicia, cuando no se encuentren garantizadas las condiciones de imparcialidad⁸⁴⁰.

Italia es otro país donde la objeción se halla expresamente regulada. Bajo el nombre de *rechazo de trabajo profesional*, el Código italiano reconoce la facultad del médico de negarse a la asistencia médica con fundamento en su convicción clínica, a menos que se produjera un daño grave e inmediato para la salud del paciente⁸⁴¹. Esta negativa se justifica en la libertad de prescripción e investigación diagnóstica cuyo contenido se extiende a todas las ayudas

Artículo 23.2: Las prácticas carentes de base científica, las inspiradas en el charlatanismo, las pseudociencias, las pseudoterapias, así como los procedimientos ilusorios o insuficientemente probados, la simulación de tratamientos médicos o quirúrgicos y el uso de productos de composición no conocida son contrarias a la Deontología Médica.

Artículo 23.3: El intrusismo y las sectas sanitarias son contrarios a la Deontología Médica. Si el médico tiene conocimiento de que alguien ejerce actos propios de la profesión no siendo médico, debe denunciarlo al Colegio.

⁸⁴⁰ El artículo 76.5 del CE médica de la OMC sancionado en 2022, expone que “[e]l médico no debe aceptar una pericia médica para la que no tiene la necesaria capacitación profesional. Si fuese obligado a ello estará legitimado para acogerse a la objeción de ciencia para rechazar su práctica”.

⁸⁴¹ Cfr. artículo 19^o del Código Deontológico Médico de Italia: “*Rifiuto d'opera professionale - Il medico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona assistita*”.

terapéuticas científicamente respaldadas⁸⁴². De la misma manera, el profesional debe rehusar toda intervención que resulte contraria a su conciencia y convencimiento clínico⁸⁴³, es decir, en contra de su

⁸⁴² Cfr. artículo 12º del Código Deontológico Médico de Italia: “*Prescrizione e trattamento terapeutico - La prescrizione di un accertamento diagnostico e/o di una terapia impegna la responsabilità professionale ed etica del medico e non può che far seguito a una diagnosi circostanziata o, quantomeno, a un fondato sospetto diagnostico. Su tale presupposto al medico è riconosciuta autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico, anche in regime di ricovero, fatta salva la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso. Le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche anche al fine dell'uso appropriato delle risorse, sempre perseguendo il beneficio del paziente. Il medico è tenuto a una adeguata conoscenza della natura e degli effetti dei farmaci, delle loro indicazioni, controindicazioni, interazioni e delle prevedibili reazioni individuali, nonché delle caratteristiche di impiego dei mezzi diagnostici e terapeutici e deve adeguare, nell'interesse del paziente, le sue decisioni ai dati scientifici accreditati e alle evidenze metodologicamente fondate. Sono vietate l'adozione e la diffusione di terapie e di presidi diagnostici non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinico- scientifica, nonché di terapie segrete. In nessun caso il medico dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i principi di scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo, sottraendolo alle sperimentate ed efficaci cure disponibili. La prescrizione di farmaci, per indicazioni non previste dalla scheda tecnica o non ancora autorizzate al commercio, è consentita purchè la loro efficacia e tollerabilità sia scientificamente documentata. In tali casi, acquisito il consenso scritto del paziente debitamente informato, il medico si assume la responsabilità della cura ed è tenuto a monitorarne gli effetti. E' obbligo del medico segnalare tempestivamente alle autorità competenti, le reazioni avverse eventualmente comparse durante un trattamento terapeutico*”.

⁸⁴³ Cfr. artículo 22º del CE médica italiano: “*Autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica. Il medico al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona assistita e deve fornire al cittadino ogni utile informazione e chiarimento*”.

conciencia y de su ciencia⁸⁴⁴. Ya desde 1995, la Comisión Nacional para la Bioética Italiana entendía que no corresponde atribuir el nombre de objeción de conciencia a aquellos que justificaban su rechazo en una valoración científica diferente⁸⁴⁵.

En el caso de Portugal, su Código deontológico también reconoce expresamente la institución estudiada bajo el nombre de *objeção técnica*. Allí se la define como la negativa a someterse a órdenes técnicas de jerarquías institucionales, legales o contractuales, que obliguen al médico a obrar o abstenerse en contra de su opinión técnica⁸⁴⁶. Varios artículos del ordenamiento portugués hacen referencia a esta garantía, partiendo de la independencia profesional⁸⁴⁷. En

⁸⁴⁴ Cfr. artículo 35º del CE médica italiano: “*Acquisizione del consenso. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente*”.

⁸⁴⁵ Cfr. *COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA*, Dictamen sobre Vacunas de 22 de septiembre de 1995, p. 32, disponible en https://bioetica.governo.it/media/1906/p20_1995_vaccinazioni_it.pdf.

⁸⁴⁶ Cfr. artículo 13º del Código de Deontología Médica de Portugal aprobado por Reglamento 707/2016: “*Objeção técnica. A recusa de subordinação a ordens técnicas oriundas de hierarquias institucionais, legal ou contratualmente estabelecidas, ou a normas de orientação adotadas institucionalmente, só pode ser usada quando o médico se sentir constrangido a praticar ou deixar de praticar atos médicos, contra a sua opinião técnica, devendo, nesse caso, justificarse de forma clara e por escrito*”.

⁸⁴⁷ Cfr. artículo 13º del Código de Deontología Médica de Portugal aprobado por Reglamento 707/2016: “*Independência dos médicos 1 — O médico, no exercício da sua profissão, é técnica e deontologicamente independente e responsável pelos seus atos. 2 — Em caso algum o médico pode ser subordinado à orientação técnica e*

un sentido similar, el artículo 17^o faculta al médico a negarse a realizar cualquier acto o examen cuya indicación clínica considere infundada⁸⁴⁸. Estos artículos se extienden más allá de los pedidos del paciente, alcanzando incluso a solicitudes provenientes de la autoridad. Si bien es sabido que una de las responsabilidades que tienen los profesionales es colaborar con las autoridades, ello no obsta que el médico retire su colaboración cuando hubiera una violación grave de la libertad e independencia de su actuación profesional⁸⁴⁹.

deontológica de estranhos à profissão médica no exercício das funções clínicas. 3 — O disposto no número anterior não contraria a existência de hierarquias técnicas institucionais, legal ou contratualmente estabelecidas, não podendo, contudo, em nenhum caso, um médico ser constrangido a praticar atos médicos contra sua vontade, sem prejuízo do disposto relativamente a situações de urgência e, bem assim, ao direito de recusa de prestação de cuidados, nos termos previstos neste Regulamento”. En el mismo sentido, cfr. art. 121^o del mismo Código: “Liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento. 1 — A liberdade de escolha pelo médico dos meios de diagnóstico e tratamento não pode ser limitada por disposição estatutária, contratual ou regulamentar, ou por imposição da entidade de prestação de cuidados médicos. 2 — O disposto no número anterior não impede o controlo médico hierarquizado do ato médico, o qual deve realizar-se sempre no interesse do doente. 3 — O disposto anteriormente não obsta à existência de orientações, normas e protocolos respeitantes à utilização de meios complementares de diagnóstico e tratamento, desde que aprovados pela Ordem dos Médicos ou pela Direção Clínica da Unidade de Saúde, após ampla discussão e consenso com os médicos abrangidos”.

⁸⁴⁸ Cfr. artículo 17^o del Código de Deontología Médica de Portugal: “Direito de recusa de ato ou exame O médico pode recusar a realização de qualquer ato ou exame cuja indicação clínica lhe pareça mal fundamentada”.

⁸⁴⁹ Cfr. artículo 92^o del Código de Deontología Médica de Portugal: “Princípio geral de colaboração. 1 — Seja qual for o seu estatuto profissional, o médico deve, com pleno respeito pelos preceitos deontológicos, colaborar e apoiar as entidades prestadoras de cuidados de saúde. 2 — Pode porém cessar a sua colaboração em

En el caso de Bélgica, su Código de Ética sostiene que, a excepción de los casos de urgencia o que se faltare a los deberes de humanidad, el médico puede negarse a atender al potencial paciente por motivos personales o profesionales⁸⁵⁰. La libertad de prescripción lo faculta a rechazar los tratamientos que no tienen como antecedente un estado médico que lo justifique⁸⁵¹. En estos casos, el facultativo tiene la obligación de ilustrar al paciente sobre las medidas diagnósticas y terapéuticas que considera convenientes y en caso de negativa, el profesional queda eximido de su atención⁸⁵². En Luxemburgo, el caso se encuentra recogido de manera sustancialmente idéntica⁸⁵³. Por su parte, el Código francés habilita la excusación del

caso de grave violação dos direitos, liberdades e garantias individuais das pessoas que lhe estão confiadas, ou em caso de grave violação da dignidade, liberdade e independência da sua ação profissional”.

⁸⁵⁰ Cfr. artículo 28º del CE de Bélgica: “*Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a toujours le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles*”.

⁸⁵¹ Cfr. artículo 36º del CE de Bélgica: “*Le médecin jouit de la liberté diagnostique et thérapeutique. [...] b. Il s'interdira aussi de prescrire des traitements ou médicaments à la seule demande du patient, sans que l'état de ce dernier ne le justifie médicalement*”.

⁸⁵² Cfr. artículo 29º del CE de Bélgica: “*Le médecin doit s'efforcer d'éclairer son malade sur les raisons de toute mesure diagnostique ou thérapeutique proposée. Si le malade refuse un examen ou un traitement proposé, le médecin peut se dégager de sa mission dans les conditions prévues à l'alinéa 2 de l'article 28*”.

⁸⁵³ Cfr. artículo 58º del CE médica de Luxemburgo: “*Hormis dans un cas d'urgence et dans celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par*

profesional en algunas prácticas médicas cuando hubiera una objeción seria al pedido del paciente⁸⁵⁴. En algunas ocasiones, esta objeción puede ser ejercida por los cirujanos cuando las solicitudes de los pacientes resulten carentes de justificativo clínico suficiente⁸⁵⁵. También, el rechazo de atención se habilita en los casos de tratamientos propuestos por una junta médica, elegidos libremente por el paciente, pero con los que el profesional no está de acuerdo⁸⁵⁶. Este apartamiento justificado puede extenderse a los casos de tratamientos dispuestos por una norma o acto de la autoridad civil, tales

celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins. Pour autant que de besoin le médecin peut assister son patient dans la recherche d'un médecin disposé à le prendre en charge. Le médecin reste en tout état de cause tenu d'assurer la continuité des soins vitaux du malade jusqu'à prise en charge effective des soins par le nouveau prestataire".

⁸⁵⁴ Cfr. artículo 60º del Código de Deontología Médica francés que figura en el Código de Salud Pública con los números R.4127-1 a R.4127-112 (actualización del 14 de diciembre de 2006): *"Le médecin doit proposer la consultation d'un confrère dès que les circonstances l'exigent ou accepter celle qui est demandée par le malade ou son entourage. Il doit respecter le choix du malade et, sauf objection sérieuse, l'adresser ou faire appel à tout consultant en situation régulière d'exercice. S'il ne croit pas devoir donner son agrément au choix du malade, il peut se récuser. Il peut aussi conseiller de recourir à un autre consultant, comme il doit le faire à défaut de choix exprimé par le malade. A l'issue de la consultation, le consultant informe par écrit le médecin traitant de ses constatations, conclusions et éventuelles prescriptions en avisant le patient".*

⁸⁵⁵ Cfr. artículo 49º del CE de Bélgica: *"Le chirurgien peut refuser toute décision opératoire dont l'indication lui paraît insuffisamment justifiée ou pour tout autre motif légitime".*

⁸⁵⁶ Cfr. artículo 145º del CE de Bélgica: *"Le médecin traitant, qui croit ne pouvoir se rallier au choix formulé, peut se retirer sans devoir donner les raisons de son refus mais à condition que la continuité des soins soit assurée".*

como una determinada forma de administrar medicamentos⁸⁵⁷ o la extracción de muestras de sangre para la determinación de alcohol, si se advirtiera una contraindicación médica⁸⁵⁸. Por último, el Código suizo es categórico al indicar que el médico debe rechazar en su actividad a todo tercero ajeno a su profesión que pretenda imponerle una acción contraria a su conciencia profesional⁸⁵⁹.

En todos los casos, el profesional queda clara y legítimamente dispensado de actuar. Más allá que los ordenamientos deontológicos europeos han reconocido expresamente la objeción de conciencia, nada obsta que, en ausencia de ella, encontremos otros valores, bienes y principios que nos permitan inferirla razonablemente. En efecto, para no tornar ilusorio el ejercicio de derechos y deberes, una herramienta que permita protegerlos se muestra a todas luces necesaria. Así, la objeción de conciencia permite garantizar al profesional:

⁸⁵⁷ Cfr. artículo 145º del CE de Bélgica inciso c) *in fine*: “*Si le médecin qui prescrit des médicaments de substitution estime qu’il y a des raisons de déroger au mode d’administration d’un médicament de substitution fixé par les dispositions légales (sous forme orale et sous contrôle quotidien), il est tenu de noter au dossier médical le mode dérogatoire de délivrance et d’administration ainsi que sa motivation*”.

⁸⁵⁸ Cfr. artículo 131º del CE de Bélgica: “*Le médecin requis en application de la loi du 15 avril 1958 et de l’arrêté royal du 10 juin 1959 relatifs aux prélèvements sanguins en vue du dosage d’alcool est tenu de procéder au prélèvement demandé. Il ne peut se soustraire à cette obligation que: s’il constate une contre-indication médicale au prélèvement sanguin ou s’il reconnaît fondées les raisons qu’invoque pour s’y soustraire la personne qui doit subir la prise de sang*”.

⁸⁵⁹ Cfr. artículo 31º del CE de Suiza: “*Lors de la conclusion d’un contrat, le médecin évite que, dans son activité médicale, un tiers non-médecin puisse lui imposer une action contraire à sa conscience professionnelle. Il refuse notamment tout engagement de fournir certaines prestations médicales ou d’atteindre un certain chiffre d’affaires*”.

1. no enajenar su libertad de criterio e independencia profesional⁸⁶⁰ incluso en los equipos de trabajo⁸⁶¹,
2. obrar según su ciencia y conciencia⁸⁶²,

⁸⁶⁰ Cfr. artículo 20.2 del CE médica de la OMC española: “El médico tiene que disponer de libertad de prescripción, respetando la evidencia científica, las indicaciones autorizadas y la eficiencia”. En este mismo sentido, cfr. artículo 5º del Código de Deontología Médica francés...: “*Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit*”; artículo 4º del Código Deontológico Médico de Italia “*Libertà e indipendenza della professione - L'esercizio della medicina è fondato sulla libertà e sull'indipendenza della professione*”; y artículo 7º del CE médica de Luxemburgo: “*L'indépendance professionnelle. L'exercice de la médecine est personnel. Le médecin ni peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit*”.

⁸⁶¹ Cfr. artículo 93º del Código de Deontología Médica francés...: “*Dans les cabinets regroupant plusieurs praticiens exerçant en commun, quel qu'en soit le statut juridique, l'exercice de la médecine doit rester personnel. Chaque praticien garde son indépendance professionnelle. Le libre choix du médecin par le malade doit être respecté...*”; y artículo 67º del Código Deontológico Médico de Italia “[m]odalità e forme di espletamento dell'attività professionale - (...) Il medico non deve partecipare a imprese industriali, commerciali o di altra natura che ne condizionino la dignità e l'indipendenza professionale”.

⁸⁶² Cfr. artículo 32º del CE médica de Bélgica: “*Librement choisi ou non, le médecin ne prendra que des décisions dictées par sa science et sa conscience*”. Cfr. artículo 7º del Código de Deontología Médica de Portugal (aprobado por Reglamento 707/2016): “*Isenção e liberdade profissionais. 1 — O médico só deve tomar decisões ditadas pela ciência e pela sua consciência. 2 — O médico tem liberdade de escolha de meios de diagnóstico e terapêutica, devendo, porém, absterse de prescrever desnecessariamente exames ou tratamentos onerosos ou de realizar atos médicos supérfluos*”.

3. prescribir métodos probados⁸⁶³, sólo limitados por la evidencia científica disponible,

⁸⁶³ Cfr. artículo 26º inciso 1º del CE médica español de la OMC sancionado en 2022: “El médico debe emplear preferentemente procedimientos y prescribir fármacos cuya eficacia se haya demostrado científicamente”. En el mismo sentido, cfr. artículo 30º del CE de Luxemburgo: “Dès lors qu’il a accepté de répondre à une demande, le médecin s’engage à assurer personnellement à son patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science en faisant appel, s’il y a lieu, à l’assistance de tiers compétents”; artículo 10º del Código de Deontología médica de Portugal...: “Tratamentos vedados ou condicionados 1 — O médico deve abster-se de praticar atos que não estejam de acordo com as *leges artis*. 2 — Excetua-se os atos não reconhecidos pelas *leges artis*, mas sobre os quais se disponha de dados promissores, em situações em que não haja alternativa, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele o não poder fazer, e ainda os atos que se integram em protocolos de investigação em e com pessoas humanas”; artículo 8º del CE médica de Suiza: “Le recours à des pratiques diagnostiques et thérapeutiques discutables est inadmissible lorsqu’une telle activité s’exerce au mépris des connaissances médicales scientifiquement établies et en abusant de la confiance, de l’ignorance, de la crédulité ou du désarroi d’un patient. Il est également inadmissible de promettre le succès d’un traitement, en particulier lorsqu’il s’agit de maladies qui, au stade actuel des connaissances scientifiques, sont réputées incurables”; entre otros.

4. prescribir la terapia más adecuada para el paciente particular⁸⁶⁴ según la *lex artis*⁸⁶⁵ y
5. evitar el charlatanismo⁸⁶⁶ y la medicina complaciente⁸⁶⁷.

e. DEONTOLOGÍA EN SEDE INTERNACIONAL

Ya en 1949 el deber de ciencia aparecía en el Código Internacional de Ética Médica de la AMM. Aquél estableció que el profesional debía brindar al paciente lealmente todos los recursos de su

⁸⁶⁴ Cfr. artículo 8º del Código de Deontología Médica francés...: “*Dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu’il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d’assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l’efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles*”; y artículo 10º del CE médica de Luxemburgo: “*Le médecin est libre de ses prescriptions, qui seront celles qu’il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d’assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l’efficacité des soins*”.

⁸⁶⁵ Cfr. artículo 4º inciso 1º del Código de Deontología médica de Portugal...: “*Princípios gerais de conduta 1) O médico deve exercer a sua profissão de acordo com as leges artis com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade*”.

⁸⁶⁶ Cfr. artículo 23.2 del CE médica español de la OMC sancionado en 2022.

⁸⁶⁷ Cfr. artículo 50º del Código de Deontología Médica francés...: “*Le médecin doit, sans céder à aucune demande abusive, faciliter l’obtention par le patient des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit*”.

ciencia⁸⁶⁸. Años más tarde, la asociación reafirmaría en Helsinki la importancia de una epistemología científica seria, basada en evidencia, como punto de partida irrefutable en la investigación médica⁸⁶⁹. Por otro lado, el mismo Código identifica como servicio médico competente aquél realizado con plena independencia técnica y moral⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ Cfr. Deber de los Médicos hacia los Pacientes N.º 3 del CE Médica de la AMM, adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM en Londres, Inglaterra en octubre de 1949 y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial en Sydney, Australia en agosto de 1968, 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia en octubre de 1983 y la Asamblea General de la AMM en Pilanesberg, Sudáfrica en octubre de 2006.

⁸⁶⁹ Cfr. artículo 21º de la Declaración de Helsinki de la AMM: “La investigación médica en seres humanos debe conformarse con los principios científicos generalmente aceptados y debe apoyarse en un profundo conocimiento de la bibliografía científica, en otras fuentes de información pertinentes, así como en experimentos de laboratorio correctamente realizados y en animales, cuando sea oportuno”. La declaración ha sido adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial en Helsinki, Finlandia en junio de 1964 y enmendada por la 29ª Asamblea Médica Mundial en Tokio, Japón en octubre de 1975, por la 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia en octubre de 1983, por la 41ª Asamblea Médica Mundial en Hong Kong en septiembre de 1989, por la 48ª Asamblea General en Somerset West, Sudáfrica en octubre de 1996 y por la 52ª Asamblea General en Edimburgo, Escocia en octubre de 2000.

⁸⁷⁰ Cfr. Deber de los Médicos en general N.º 4 del CE médica de la AMM, adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM en Londres, Inglaterra en octubre de 1949 y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial en Sydney, Australia en agosto de 1968, 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia en octubre de 1983 y la Asamblea General de la AMM en Pilanesberg, Sudáfrica en octubre de 2006. También lo encontramos en el artículo 5º de los Principios de Ética Médica Europea de la Conferencia Internacional de Ordenes Médicas: “Tanto para aconsejar como para aplicar tratamientos, el médico debe disponer de completa libertad profesional y gozar de las condiciones técnicas y morales que le permitan actuar con plena independencia. El enfermo deberá ser informado cuando no se den esas condiciones”.

Con posterioridad, la *International Commission of Occupational Health* identificará a la autonomía técnica y moral como una necesidad básica para los médicos⁸⁷¹, prohibiéndoles aceptar condiciones laborales que limiten su libertad e independencia profesional⁸⁷².

La necesidad de un reconocimiento y protección legal específica para estos dos pilares ha sido plasmado como una exigencia que los ordenamientos deben cumplir⁸⁷³. En este sentido, la objeción de conciencia es la respuesta indicada para la satisfacción de ambos

⁸⁷¹ Cfr. artículo 17^o del Código Internacional de Ética para los Profesionales de la Salud Ocupacional de la *International Commission of Occupational Health*, 2002. “Deben procurar y mantener plena independencia profesional y observar las normas de confidencialidad en el ejercicio de sus funciones. Tampoco deben permitir, bajo ninguna circunstancia, que sus juicios y declaraciones se vean influenciados por conflictos de intereses, particularmente cuando asesoren a los empleadores, a los trabajadores o a sus representantes, sobre el abordaje de los riesgos y las situaciones que muestren evidencias de peligro para la salud y la seguridad”.

⁸⁷² Cfr. artículo 19^o del Código Internacional de Ética para los Profesionales de la Salud Ocupacional de la *International Commission of Occupational Health*, 2002. “Los profesionales de la salud ocupacional no deben aceptar condiciones de ejercicio de la salud ocupacional que no les permitan desempeñar sus funciones de acuerdo con las normas y principios de ética profesionales que consideren convenientes. Los contratos de trabajo deben contener disposiciones sobre aspectos legales, contractuales y éticos del manejo de conflictos, sobre todo acerca del acceso a los registros y de la confidencialidad. Los profesionales de la salud ocupacional deben asegurarse de que sus contratos de trabajo o servicio no contengan disposiciones que puedan limitar su independencia profesional”.

⁸⁷³ Cfr. artículo 24^o de los Principios de Ética Médica europea: “Para cumplir su misión humanitaria, el médico tiene derecho a la protección legal de su independencia profesional, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra”.

principios y, con ello, prenda de acierto de la calidad y eficacia de la atención médica.

3. RECONOCIMIENTO LEGAL

Además del reconocimiento expreso e implícito en los ordenamientos deontológicos, algo semejante puede predicarse del legal-normativo. Este derecho-deber puede extraerse de la misma letra de la norma y por inferencia, de los textos legales. En el orden internacional los avances sobre este punto son muy ilustrativos.

En relación con la experimentación médica en humanos, ya el Código de Núremberg de 1947 disponía que los Estados debían garantizar, durante el curso de un experimento científico, que el profesional pudiera interrumpirlo en cualquier momento cuando, a criterio de su habilidad técnica y juicio cuidadoso, pudiera resultar una lesión para el sujeto⁸⁷⁴. Años más tarde, el concierto de las naciones

⁸⁷⁴ Cfr. artículo 10º del Código de Nuremberg: "Durante el curso del experimento el científico que lo realiza debe estar preparado para interrumpirlo en cualquier momento, si tiene razones para creer -en el ejercicio de su buena fe, habilidad técnica y juicio cuidadoso- que la continuación del experimento puede resultar en lesión, incapacidad o muerte para el sujeto bajo experimentación". La traducción adaptada corresponde a MAINETTI, José Alberto, *Ética Médica*, Quirón, La Plata, 1989.

exhortaba a los Estados a reconocer la importancia de la libertad científica y los beneficios que trae consigo su fomento⁸⁷⁵.

Posteriormente, con ocasión del dictado de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, los Estados se comprometieron a tomar las medidas necesarias para favorecer el libre ejercicio intelectual y material de la actividad científica⁸⁷⁶. Por su parte, la UNESCO recomendó a los Estados que estimulen las condiciones necesarias para generar una elevada calidad científica. Con esa intención, aconsejó tomar las medidas adecuadas

⁸⁷⁵ Cfr. artículo 2º inciso d) de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: “reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en esta Declaración y respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

⁸⁷⁶ Cfr. artículos 14º y 15º de la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos (1997). El artículo 14º reza: “Los Estados tomarán las medidas apropiadas para favorecer las condiciones intelectuales y materiales propicias para el libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano y para tener en cuenta las consecuencias éticas, legales, sociales y económicas de dicha investigación, basándose en los principios establecidos en la presente Declaración”. A su turno, el artículo 15º sostiene: “Los Estados tomarán las medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano respetando los principios establecidos en la presente Declaración, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana y proteger la salud pública. Velarán por los resultados de esas investigaciones no puedan utilizarse con fines no pacíficos”.

para garantizar la plena libertad intelectual y proteger el juicio profesional independiente de toda influencia indebida⁸⁷⁷.

Sobre los trabajadores en relación de dependencia, la OIT ha reconocido que quienes brindan un servicio de salud deben gozar de plena independencia profesional para llevar a cabo sus funciones, tanto respecto del empleador como de los trabajadores y de sus representantes⁸⁷⁸.

En el orden doméstico, la objeción de ciencia se encuentra reconocida de manera expresa e implícita. En primer lugar, la encontramos recogida, constitucional y convencionalmente, como derecho no enumerado, derivado de la libertad de actuación médica y,

⁸⁷⁷ Cfr. artículo 16^º inciso a) apartado i) de la Recomendación de la UNESCO relativa a la situación de los investigadores científicos (1974): “Los Estados Miembros deberían estimular las condiciones que puedan generar una elevada calidad científica de una manera responsable, de conformidad con el párrafo 4 de la presente Recomendación. Con este fin, los Estados Miembros deberían establecer mecanismos y tomar todas las medidas adecuadas encaminadas a garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos y las obligaciones de los investigadores científicos y otras partes interesadas por la presente Recomendación. A tal efecto: a) se enumeran a continuación los derechos y las obligaciones recomendados para los investigadores científicos: i) trabajar con un espíritu de libertad intelectual para alcanzar, exponer y defender la verdad científica, según la entiendan, una libertad intelectual que debería abarcar la protección de su juicio independiente frente a toda influencia indebida...”

⁸⁷⁸ Cfr. artículo 10^º del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo 161: “El personal que preste servicios de salud en el trabajo deberá gozar de plena independencia profesional, tanto respecto del empleador como de los trabajadores y de sus representantes, cuando existan, en relación con las funciones estipuladas en el artículo 5”.

mediatamente, anclada en el derecho de trabajar⁸⁷⁹. Aunque no se encuentre expresamente legislada, aquella resulta un epifenómeno necesario de la libertad de actuación, pues garantiza su contenido esencial, dándole vida a su espíritu, con una estructura jurídica idónea.

En segundo lugar, además de las prohibiciones de la Ley 17.132⁸⁸⁰, hallamos una habilitación en el artículo 29º de la Ley de Salud Mental. Allí se indica que, en caso que se produjeran irregularidades en un tratamiento y redundaran en un trato indigno, inhumano o una limitación indebida a la autonomía del paciente, el profesional que ha tomado conocimiento no se exime de responsabilidad con la mera comunicación al superior; al contrario, será réprobo si, habiendo comunicado a su superior la situación irregular, permitiera que aquella persistiera⁸⁸¹. Como se evidencia con este caso,

⁸⁷⁹ Las consideraciones sobre el reconocimiento constitucional y convencional de la libertad de actuación médica y su carácter de derecho periférico no enumerado, puede verse en este trabajo en II.4. El razonamiento que hemos utilizado para glosar el reconocimiento de la libertad de actuación médica, es válidamente predicable de la objeción de ciencia.

⁸⁸⁰ Cfr. incisos 4º y 7º del artículo 29º de la Ley 17.132. “Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina: [...] 4º) anunciar procedimientos, técnicas o terapéuticas ajenas a la enseñanza que se imparte en las Facultades de Ciencias Médicas reconocidas del país [...] 7º) aplicar en su práctica privada procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país.”

⁸⁸¹ Cfr. artículo 29º de la Ley de Salud Mental: “A los efectos de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud son responsables de informar al órgano de revisión creado por la presente ley y al juez

frente a una instrucción del superior, el profesional se vería obligado a denunciar y suspender la tarea so pena de incurrir en responsabilidad. Por su parte, algunos ordenamientos locales también han reconocido esta facultad en cabeza de los médicos⁸⁸².

En otros ordenamientos, el tratamiento normativo es más claro. En el caso de España, la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias declara el principio de ejercicio técnico y científicamente libre⁸⁸³ al tiempo que la Ley 41/2002 limita la autonomía del paciente en los casos que resulte contraria a un deber deontológico⁸⁸⁴.

competente, sobre cualquier sospecha de irregularidad que implicara un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía. La sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no relevará al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persistiera. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral y no será considerado como violación al secreto profesional”.

⁸⁸² Por ejemplo, el Decreto Ley 327/63 de la provincia de Salta establece en su artículo 141º que “[t]odo profesional debe tener el derecho de ejercer y recetar libremente, de acuerdo a su ciencia y conciencia”.

⁸⁸³ Cfr. artículo 4º inciso 7º de la Ley española 44/2003 de 21 de noviembre: “[E]l ejercicio de dichas profesiones se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica...”.

⁸⁸⁴ Cfr. artículo 9º inciso 6º de la norma citada: “Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

Otro ejemplo es la Ley de Medicamento que establece la excepción “por causa justificada” a la obligación del farmacéutico de dispensar productos catalogados como medicamentos⁸⁸⁵. La doctrina ha entendido que, dentro de estas razones, se encontrarían las motivadas por el criterio profesional y con ello quedaría configurada la objeción de ciencia⁸⁸⁶. De la misma manera, ya la Ley española 23 de 1981 establecía en su artículo 6º que el “médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión”.

4. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Ahora, mencionaremos cinco antecedentes jurisprudenciales que permiten ilustrar el instituto estudiado. Aunque aquella no reciba el nombre por el que aquí se la identifica, no deja de resultar esclarecedor cómo los tribunales han arribado conclusiones similares a las que proponemos en este trabajo.

⁸⁸⁵ Cfr. artículo 108º de la Ley de Medicamentos de España.

⁸⁸⁶ DEL MORAL GARCÍA, Antonio..., p. 189. “En la actividad farmacéutica pueden manejarse pautas similares en relación a la píldora abortiva, con un discurso, que *mutatis mutandi* es trasladable a otros supuestos. Legalmente, por vía de principio, es obligatorio para un farmacéutico la dispensación de los productos catalogados administrativamente como «medicamentos», salvo «causa justificada» (art. 108 de la Ley del Medicamento). Pero puede negarse a esa dispensación cuando concurren razones de «ciencia» o «profesionales» que al igual que con cualquier otro producto le imponen la obligación de no dispensarlo (objeción de ciencia)”.

a. EL DESACUERDO CIENTÍFICO COMO FUNDAMENTO DE LA OBJECCIÓN

La primera de ellas es la sentencia 145/15 del Tribunal Constitucional español. En este caso, el cotitular de una farmacia en Sevilla había sido sancionado por una resolución de la Junta de Andalucía (Delegación provincial de Salud) por carecer de profilácticos y de la Pastilla del Día Siguiente⁸⁸⁷. El sancionado, a la hora de rechazar la dispensación de la píldora, argumentó:

1. que aquella tenía efectos abortivos,
2. que estos efectos justificaban una negativa de conciencia,
3. que la objeción de conciencia invocada formaba parte del contenido esencial de la libertad ideológica protegida por el artículo 16º de la Constitución española y
4. que se encontraba inscripto en el Registro de Objetores de Conciencia respectivo.

Si bien es cierto que el Tribunal justificó la negativa del farmacéutico en una objeción de conciencia, el argumento de fondo resulta por demás útil para nuestro estudio. En el Fundamento Jurídico 4º, el Tribunal reconoció que —en el caso— existía una

falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada “píldora del día después”. Sin perjuicio de ello, y a los meros fines de este procedimiento, la presencia en ese debate de posiciones científicas que avalan tal planteamiento nos lleva a partir en nuestro enjuiciamiento de la existencia de una duda razonable sobre la producción de

⁸⁸⁷ Sobre la problematización de la Píldora del Día Siguiente, cfr. en este trabajo VIII.2.c.

dichos efectos, presupuesto este que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional.

En otras palabras, para justificar la objeción, el Tribunal ponderó el estado incierto de la ciencia actual, las posiciones dentro del debate científico y la duda razonable (a partir de la evidencia) acerca de los efectos abortivos del fármaco. Según el Tribunal, la falta de consenso científico sobre el efecto terapéutico de la píldora justificó que el profesional se apartase del deber legal de la dispensación, rechazando los caminos que ofrece la incertidumbre. En estas condiciones, la negativa se vio justificada, pues el farmacéutico contaba con el aval de un gran sector de la comunidad científica y tenía elementos técnicos para sostener que, según el estado del arte, el compuesto no resultaba adecuado sino peligroso.

Más allá que en el caso se abordó la cuestión como una tradicional objeción de conciencia, coincidimos con AHUMADA RUIZ⁸⁸⁸ que en rigor se trató de una objeción por razones científicas. En efecto, la sentencia acentuó el criterio médico para prevenir los potenciales riesgos y efectos nocivos de la píldora, en el organismo de la mujer y la vida del concebido. En síntesis, con el caso podemos encontrar

⁸⁸⁸ Cfr. AHUMADA RUIZ, Marian, "Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios", *RJUAM* 35 (2017), p. 317. "Acepta, además, que la objeción se justifique en primer término como «objeción de ciencia» porque es la convicción del farmacéutico en cuanto a los efectos abortivos del medicamento (en contra de todos los pronunciamientos autorizados, incluida la Organización Mundial de la Salud) lo que actúa de premisa para justificar su rechazo a intervenir «directamente» en una interrupción de embarazo, por la vía de facilitar el medicamento que lo provoca (que se expende sin receta médica)".

un ejemplo embrionario de objeción de ciencia contra a actos materialmente administrativos.

b. LA INEXISTENCIA DEL DEBER DE COLABORACIÓN PARA EL SUICIDIO

El segundo caso sucede en Alemania⁸⁸⁹. Allí el Tribunal Constitucional se expidió sobre seis recursos de inconstitucionalidad contra el artículo 217^o del Código Penal alemán⁸⁹⁰. Este artículo amenazaba con pena privativa de libertad a quien promoviere la asistencia al suicidio con fines comerciales⁸⁹¹. Aunque la acción de proveer asistencia suicida era lícita, su promoción con fines comerciales se encontraba vedada. Las distintas asociaciones que promovían estas prácticas se quejaban por verse violentadas en su derecho a la libertad de conciencia y autodeterminación, pues sostenían que les resultaba dificultoso trabajar en este campo sin temor a sufrir castigos.

⁸⁸⁹ BVERFG, SEGUNDO SENADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, sentencia del 26 de febrero de 2020, 2 BvR 2347/15, párrafos 1-343, disponible en http://www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715en.html el 3 de enero de 2023.

⁸⁹⁰ El artículo 217^o sancionaba al que, con la intención de favorecer el suicidio de otro, le proporcionara comercialmente la ocasión para ello. El texto original, actualmente derogado, rezaba: "*Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung: (1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht*".

⁸⁹¹ Sobre la problematización de las prácticas eutanásicas, cfr. de este trabajo, VIII.2.g.

En su razonamiento, el Tribunal realizó un análisis histórico de la norma en cuestión y desde el derecho foráneo. Comparó los ordenamientos de Bélgica, Suiza, Países Bajos, Oregón (Estados Unidos) y Canadá. Con posterioridad analizó la razonabilidad de las distintas normas en juego y ponderó los aportes de las asociaciones médicas, los distintos niveles de gobierno y de las confesiones religiosas cristianas y judías que se presentaron en la causa. Finalmente, el Tribunal concluyó que el artículo 217º del Código Penal alemán debía declararse nulo, debido a las infracciones constitucionales detectadas contra la libre autodeterminación de los pacientes. Sostuvo que, en el Estado secular, no hay justificación para prohibir el ejercicio de la libertad —garantizada por la ley fundamental— al apoyo de un experto en la implementación del suicidio⁸⁹².

Por su carácter controvertido y la complejidad de la materia, los comentarios y críticas sobre la decisión de fondo no serán tratados. No obstante, corresponde hacer una mención sobre el párrafo 342 que aparece al final del fallo. El Tribunal sostiene que “[t]odo esto no afecta al hecho de que no debe haber una obligación de ayuda suicida”⁸⁹³. Esta tesis es continuadora del apartado 213 de la misma sentencia, la cual expone que la ayuda al suicidio ofrecida por profesionales debe entenderse en el marco de la libertad de

⁸⁹² Cfr. párrafo 39º de la sentencia: *“Für den säkularen Staat gebe es keine Rechtfertigung, dem freiverantwortlich in Ausübung seiner grundrechtlich gewährleisteten Freiheit Handelnden die Inanspruchnahme fachkundiger Unterstützung bei der Umsetzung seines Selbsttötungswunsches zu untersagen”*.

⁸⁹³ La traducción nos pertenece. El texto original reza: *“All dies lässt unberührt, dass es eine Verpflichtung zur Suizidhilfe nicht geben darf”*.

estos últimos⁸⁹⁴. Con estas breves líneas, el Tribunal reconoció que el derecho a ser asistido profesionalmente en el suicidio no trae de suyo, como contracara, el deber de los profesionales de colaborar con esta práctica. De manera similar, el Tribunal Constitucional italiano sostuvo que la declaración de no punibilidad de la ayuda al suicidio en circunstancias extremas no crea en los profesionales ninguna obligación de proceder en la asistencia para tal fin⁸⁹⁵.

Los casos que comentamos nos resultan útiles, pues realzan el respeto a la libertad de actuación médica cuando la ley crea un derecho de acceso a prácticas sanitarias. Desde el análisis de razonabilidad, el Tribunal reconoció implícitamente la objeción de ciencia frente a los requerimientos del paciente, incluso encontrándose tutelados por el ordenamiento jurídico. Más aún, esta objeción resulta —en la inteligencia del Tribunal— un corolario de la libertad que le corresponde a los médicos.

C. EL RECHAZO MÉDICO DE DIRECTIVAS ANTICIPADAS INAPROPIADAS

Recientemente, el Consejo Constitucional francés ha emitido una decisión⁸⁹⁶ sobre el cumplimiento de los derechos y libertades

⁸⁹⁴ El texto original reza: *“Zur grundrechtlich geschützten Freiheit gehört daher auch die Möglichkeit, auf Dritte zuzugehen, bei ihnen Unterstützung zu suchen und von ihnen im Rahmen ihrer Freiheit angebotene Hilfe anzunehmen”*.

⁸⁹⁵ Cfr. CORTE COSTITUZIONALE italiana, sentencia 242/2019, consideración jurídica 6º.

⁸⁹⁶ JUZGADO POR EL CONSEJO CONSTITUCIONAL en su sesión del 10 de noviembre de 2022. Esta decisión fue registrada bajo el número 2022-1022 QPC.

que la norma fundamental garantiza en el tercer párrafo del artículo L. 1111-11 del Código de Salud Pública⁸⁹⁷.

El artículo faculta al profesional a apartarse de las directivas anticipadas cuando fueran manifiestamente inadecuadas a la situación médica del paciente. Las demandantes criticaron esta norma por permitir que sea el profesional quien, por criterio propio, pudiera desestimar voluntades anticipadas. Asimismo, sostuvieron que la mención del artículo, por su imprecisa y vaga redacción, afectaba los derechos de los pacientes. Sostenían que permitir actitudes de esta naturaleza, desconocía la libertad personal y de conciencia del enfermo.

Luego de realizar un análisis del texto constitucional y convencional vigente, el Tribunal expuso que la voluntad del legislador fue evitar que las directivas anticipadas se impusieran en todas las circunstancias. En efecto, estas disposiciones —sostuvo— se redactan en momentos en que la persona aún no se enfrenta a la situación particular del fin de la vida. De esta manera, el legislador pretendió garantizar el derecho de toda persona a recibir los cuidados más adecuados a su condición y salvaguardar la dignidad del paciente durante el final de su existencia.

⁸⁹⁷ El texto original del artículo en su párrafo cuarto reza: *“La décision de refus d'application des directives anticipées, jugées par le médecin manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale du patient, est prise à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire et est inscrite au dossier médical. Elle est portée à la connaissance de la personne de confiance désignée par le patient ou, à défaut, de la famille ou des proches”*.

En contra de lo alegado por los actores, sostuvo el tribunal que el concepto de “inapropiadas o inadecuadas a la situación médica” no resultaba impreciso ni ambiguo. La precisión de este concepto es el resultado de una decisión colegiada que se consigna en la historia clínica y siempre sujeto al control judicial. Este control permite juzgar si ha habido un ejercicio razonable del apartamiento profesional o, en su defecto, si se trató de una obstinación médica. Por lo expuesto, el tribunal consideró que el criterio profesional, a la hora de determinar la extensión de las directivas anticipadas, no resulta reñido con la salvaguarda de la dignidad ni de la libertad personal.

En síntesis, en la inteligencia del tribunal, el criterio profesional científico e independiente no puede verse violentado por directivas anticipadas —incluso tuteladas por el ordenamiento— que no guardan relación con el caso clínico tratado. Antes al contrario, es deber del médico garantizar todos los cuidados que se encuentren a su alcance, en especial durante el final de la vida, siempre que el estado del paciente —según su convencimiento clínico— así lo indique.

d. LA EVIDENCIA CIENTÍFICA COMO CRITERIO DE VALIDEZ DE LA OBJECCIÓN

En Argentina, un caso ya mencionado en el transcurso de este trabajo servirá para ilustrar el reconocimiento de la objeción de

ciencia. Se trata del Fallo N.N. o U.V. - Protección y guarda de personas, resuelto por la SCJBA y confirmado por la CSJN⁸⁹⁸.

Como recordará el lector, en esa oportunidad el tribunal provincial ordenó la vacunación de un neonato contra la decisión de sus progenitores, quienes practicaban la homeopatía ayurveda. El caso se originó con la omisión de los padres del recién nacido de dar cumplimiento al calendario de vacunación obligatoria, conforme había sido indicado por los profesionales. Los padres, que no descartaban un tratamiento tradicional si el pronóstico empeoraba, no invocaron motivos religiosos, sino otros aparentemente técnicos, con antecedente en la experiencia milenaria oriental.

La SCJBA decidió por mayoría intimar a los padres a cumplir con el régimen de vacunación oficial, bajo apercibimiento de proceder en forma compulsiva. Al analizar la acción coactiva estatal, el tribunal cimero citó jurisprudencia foránea de la Corte de Apelaciones de Valdivia (Chile). En esa ocasión, el tribunal había indicado que — para proceder así— debían cumplirse los siguientes recaudos:

Que se trate de una enfermedad o condición positivamente curable, o con porcentajes estadísticos altos de probabilidad de curación; y que se trate de acciones médicas cuya práctica no suponga un deterioro físico o psíquico del paciente que afecte

⁸⁹⁸ SCJBA, *N.N. o U. V. - Protección y guarda de personas*, C. 111.870, 2010. Cfr. de este trabajo, III.2.c.

su esencial dignidad como persona, o que afecte de un modo intolerable su calidad de vida.⁸⁹⁹

En lo que aquí interesa, el máximo tribunal provincial centró su argumento en la evidencia científica reconocida, el valor contrastado de la vacunación y los resultados arrojados por los estudios. Con este razonamiento, la SCJBA procedió a la vacunación, justificado en el interés superior del menor y de la comunidad, desechando los argumentos esbozados por los padres y haciendo lugar al criterio médico.

Como el argumento de los padres no era axiológico sino aparentemente técnico, el rechazo parecería encuadrarse dentro de una objeción de ciencia. Sin embargo, más allá de lo ingenuo del planteo, no es más que un borroso reflejo. En primer lugar, la homeopatía ayurveda no cuenta con evidencia científica respaldatoria, resultado de estudios contrastados; al contrario, sus postulados son producto de una medicina basada en experiencia, materia superada por la medicina moderna y actualmente considerada una pseudociencia⁹⁰⁰. En segundo lugar, por carecer de la formación técnica y la idoneidad profesional que confiere un diploma universitario, los padres no pueden erigirse como titulares de este derecho.

Esta sentencia nos permite ver cómo el criterio médico tiene primacía frente a pedidos del paciente sustentados en supuestos

⁸⁹⁹ CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CHILE, Sentencia del 14 de mayo de 2009, RDF 2010-II-226.

⁹⁰⁰ Cfr. YOUNG, Pablo, "La farsa de la homeopatía", *Revista Médica de Chile* 142 (2014), pp. 272-273.

pseudocientíficos. Asimismo, muestra con claridad la facultad de actuar positivamente frente a irrazonables solicitudes de omisión. De esta manera, el más sobrio conocimiento científico, amparado por los datos que la evidencia aporta, legitima desobedecer una solicitud irrazonable cuando la salud del paciente estuviere en juego.

e. LAS RAZONES TÉCNICAS QUE JUSTIFICAN LA ACTUACIÓN PROFESIONAL

El quinto caso corresponde a la sentencia 106/1996 de 12 de junio del Tribunal Constitucional español, el cual llegó a su conocimiento por un recurso de amparo.

Los hechos quedaron configurados de la siguiente manera: la actora se desempeñaba como enfermera en un hospital privado, perteneciente a la Obra San Juan de Dios, de la ciudad de Granada. En una oportunidad, el capellán del nosocomio procedió a distribuir la comunión entre los enfermos de la institución. En lo sustancial y según resulta de la causa, el sacerdote distribuyó la eucaristía entonando cánticos religiosos acompañado de una comitiva. Al momento de acceder al servicio donde se encontraba la actora, esta última, con comentarios que podrían catalogarse de injuriosos, expresó públicamente su disconformidad sobre el modo en que el capellán distribuía la comunión⁹⁰¹. Con posterioridad, las autoridades de la institución informaron a la enfermera que su actitud podía constituir una

⁹⁰¹ Según quedó probado en la causa, los comentarios de la actora fueron los siguientes: "No sé cómo no les da vergüenza", "[e]sto parece un picnic", "[e]stos son los humanitarios" y "[s]i mi madre estuviese aquí los denunciaría". Cfr. Antecedente 2º de la sentencia en comentario.

infracción laboral gravísima, sancionada con despido. Días más tarde, la empleada fue despedida.

Distintos elementos pueden analizarse de la presente sentencia. Por ejemplo, el carácter del hospital como empresa de tendencia, la vinculación entre la actividad profesional de uno de sus miembros y el ideario de la institución, los límites a la libertad de expresión, etc. Como los comentarios resultaban una exteriorización de convicciones internas, el comportamiento de la enfermera podría analizarse dentro de los límites de las libertades de expresión, ideología, religión y pensamiento. Las instancias anteriores siguieron este razonamiento, entendiendo que la enfermera había ejercido abusivamente su derecho. Más aún, ponderaron el contenido del ideario institucional, como especial límite a las expresiones vertidas por la empleada.

Sin perjuicio de las críticas que nos parecen procedentes contra los argumentos del tribunal, deseamos centrarnos en lo dispuesto en los fundamentos jurídicos 4º y 7º, los cuales guardan estrecha relación con nuestra tesis. El tribunal expresó que la empleada no pretendía contrariar el ideario públicamente, sino proteger la atención de su servicio. El tribunal sostuvo que la crítica de la enfermera respondía a la naturaleza de la prestación que cumplía en el hospital, a un criterio técnico⁹⁰². Su comportamiento había tenido un carácter ideológicamente neutral y la crítica o desaprobación pública no se dirigía a los valores que representaba el sacerdote, sino

⁹⁰² Cfr. STC, SALA II, sentencia 106/1996 de 12 de junio, Fundamento Jurídico 4º, apartado A).

al modo técnicamente inadecuado de proceder, pues afectaba el descanso y la recuperación de los pacientes. En efecto:

El número de personas que integraban la comitiva y los cánticos que se entonaban, el traslado del acto religioso desde la Capilla a aquel lugar podía afectar negativamente el reposo y quietud de los enfermos bajo el cuidado del personal sanitario.⁹⁰³

Y continúa el tribunal diciendo que,

aun considerando que su reacción fue excesiva no cabe desconocer que la actora, al censurar públicamente que el acto religioso se llevase a cabo de aquel modo, estaba defendiendo, a su juicio, un interés específico del Centro hospitalario, el bienestar de los enfermos, como miembro del personal sanitario.⁹⁰⁴

Este mismo razonamiento lo mantuvo en el punto 3º del mismo fundamento, y agregó que el modo de proceder del Capellán perturbaba la tranquilidad y el bienestar de los enfermos, por lo que la actitud de la enfermera “guardaba relación con el cumplimiento de sus obligaciones laborales”⁹⁰⁵.

En este caso, el Tribunal Constitucional legitimó la conducta de la empleada que, justificada en su corrección profesional y guiada

⁹⁰³ STC, SALA II, sentencia 106/1996 de 12 de junio, Fundamento Jurídico 7º, apartado 2º.

⁹⁰⁴ Ibid.

⁹⁰⁵ Ibid., apartado 3º.

por el bienestar del paciente, supuso —de alguna manera— una oposición a modos inadecuados de proceder en el servicio. Aunque en el caso expresamente no existió un rechazo a la orden de un superior, la utilidad del fallo es doble. En primer lugar, porque defiende la libertad profesional en beneficio del paciente, con argumentos técnico-profesionales (descanso de los pacientes) cuando la experiencia terapéutica pudiera verse afectada. Por otro, porque, aunque el encuadre desde la libertad de expresión fuere válido, parecería más propio hablar de un ámbito profesional protegido para ejercer la técnica con corrección.

5. CONCLUSIONES

Del desarrollo del presente capítulo ha quedado demostrado que la objeción de conciencia es un instituto que ha sido abordado en el orden deontológico, normativo y jurisprudencial.

En cuanto al ordenamiento deontológico, los distintos sistemas lo han tratado de manera implícita y explícita. En sede internacional no hay una declaración expresa sobre la objeción, aunque se desprende como corolario del deber de independencia técnica y moral de los profesionales. En sede local, América latina, anglosajona y Europa ha sido reconocida de manera expresa en algunos Códigos deontológicos e implícitamente a través de distintos artículos.

En cuanto al ordenamiento legal, el reconocimiento es meramente implícito no encontrando una disposición expresa que contemple el instituto estudiado, como sí lo hacen los códigos deontológicos.

Finalmente, en cuanto a la jurisprudencia, los casos incorporados dan visibilidad a situaciones resueltas por los magistrados en

donde la conducta profesional independiente se ha visto justificada a pesar de las solicitudes del paciente y de las autoridades. Hemos visto cómo los jueces han validado:

1. el rechazo de expendio de fármacos cuando existen dudas razonables sobre sus efectos nocivos, aunque la autoridad de control exija su dispensación;
2. el rechazo de colaborar con la asistencia al suicidio, incluso cuando la ley cuestionada faculte a los profesionales a hacerlo y los pacientes se lo exijan;
3. el rechazo a seguir directivas anticipadas cuando, a criterio del profesional, existen circunstancias que lleven a interpretarlas como inadecuadas;
4. el rechazo profesional al pedido de los padres de omitir un tratamiento con evidencia científica en beneficio del menor; y
5. el rechazo de la enfermera a modos inadecuados de funcionamiento del servicio en el marco de una institución, con el objeto de priorizar la recuperación de los internos.

CAPÍTULO XI

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBJECCIÓN DE CIENCIA MÉDICA

1. INTRODUCCIÓN

En los capítulos precedentes hemos visto los desafíos a los que se enfrenta la medicina en el siglo XXI. Junto con ellos, conceptualizamos la objeción de ciencia como herramienta capaz de ofrecer respuesta a estas vicisitudes. Asimismo, expusimos el tratamiento que ha recibido en los órdenes deontológico, legal y jurisprudencial.

En las próximas páginas desentrañaremos tres interrogantes que aparecen necesariamente frente a esta novedad:

§. 23. ¿qué diferencia existe con la tradicional objeción de conciencia?,

§. 24. ¿en qué se diferencia con otros institutos históricamente relacionados con la objeción de conciencia (como la desobediencia civil, la resistencia activa, la pseudo y cripto-objeción, entre otros)? y, finalmente,

§. 25. ¿qué lugar ocupa la objeción de ciencia en el actual Estado de Derecho Constitucional?

Responder estos interrogantes nos permitirá descubrir si la novedosa objeción de ciencia tiene suficiente autonomía jurídica para predicarla como categoría independiente, o si debe incluirse en otros institutos ya regulados.

2. LA DIFERENCIACIÓN CON LA TRADICIONAL OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

En la introducción de este trabajo expresamos que la objeción de conciencia nos parecía insuficiente para abordar algunos casos médicos complejos en los que puede existir una discrepancia por razones técnicas⁹⁰⁶. Por este motivo, vemos conveniente dedicar un apartado particularmente extenso para analizar la diferenciación con la tradicional objeción de conciencia.

Desde el conocimiento intuitivo, el lector podría cuestionarnos que el médico, cuando realiza un tratamiento con el que disiente técnicamente, sufre una afectación a su libertad y, en última instancia, a su conciencia. Ciertamente esta afirmación es razonable, pues en materia profesional el juicio técnico-científico integra y condiciona el juicio ético-prudencial. Por ejemplo, el médico sabe que luego de aplicar una determinada dosis de bromuro de potasio por vía intravenosa, se producirá la muerte del paciente. El conocimiento de este efecto directo y no querido determina la elección ética del profesional. De esta manera, condicionado el juicio técnico-científico,

⁹⁰⁶ Cfr. de este trabajo, Relevancia..., 1.

quedaría afectado el juicio ético-prudencial y, con ello, habilitada al menos *prima facie* la objeción de conciencia.

Como resulta evidente, entre Ética y ciencia jurídica se suscitan distintas relaciones. Algunos autores afirman que la diferenciación entre ley y ética es por demás artificial; otros sostienen que entre ambas se abre un abismo que separa universos incompatibles. Como puede imaginarse, ambas posturas parecen radicales y desacertadas, pues en la práctica los dos fueros se interrelacionan compartiendo muchos problemas, aunque desde perspectivas distintas⁹⁰⁷. En efecto, mientras la Ética juzga la relación entre las acciones de la persona y su fin último, la juridicidad refleja la adecuación de la conducta al Bien Común político.

Por discutidos o atendibles que resulten los argumentos de la Ética y la Filosofía, un estudio desde esta perspectiva excede la materia de nuestro trabajo. Para responder a la crítica que podría suscitar el planteo anterior, nos gustaría recordar que la presente tesis tiene por finalidad hacer una contribución al pensamiento jurídico. Como nuestra investigación se desarrolla en torno al principio de juridicidad antes que de la eticidad, no indagaremos en la naturaleza filosófica de las decisiones ético-prudenciales que ponderan elementos técnicos. En cambio, abordaremos las categorías desde su

⁹⁰⁷ AA. VV., "Plan de formación en responsabilidad legal profesional" en HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo (autor), DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo (Coord.), *El Código de Ética y Deontología médica*, Edicomplet, 2000, p. 15. Sobre las relaciones existentes entre Derecho y Ética a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos recomendamos cfr. RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos humanos: Promoción y defensa de la dignidad*, Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2021, pp. 22-43.

regulación específica, procurando descubrir si el modo en que han sido concebidas responde a las exigencias y desafíos propios de la objeción de ciencia.

Esta misma crítica ha sido sorteada por ALBERT quien manifestó, con meridiano sentido pragmático, que a nadie se le ocurriría invocar una objeción de conciencia si un paciente pide practicarle una intervención de apendicitis sin anestesia. Por otro lado, sería un claro reduccionismo sostener que todo conflicto entablado entre médico y paciente puede convertirse en un conflicto entre conciencias⁹⁰⁸. De manera similar, el Comité de Bioética español expresó que “la objeción de conciencia no es el lugar adecuado para resolver los conflictos derivados de las controversias científicas, técnicas y profesionales”⁹⁰⁹. Recientemente LÓPEZ GUZMÁN, recordó que en sus escritos (primero de manera implícita y luego explícitamente) HERRANZ diferenciaba la objeción de conciencia de la científica. Sostenía que, en sucesivas publicaciones, exhortaba a diferenciar los casos donde podían ofrecerse alternativas sobre bases estrictamente científicas, de aquellos en donde no era posible⁹¹⁰.

Como se verá a continuación, más allá de la discusión ética, las diferencias en el plano jurídico justifican un tratamiento

⁹⁰⁸ ALBERT, Marta, *Libertad de Conciencia*, Digital Reasons, Barcelona, 2013.

⁹⁰⁹ Informe del Comité de Bioética Español sobre la Objeción de Conciencia...

⁹¹⁰ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, José, “La objeción de conciencia sanitaria en el pensamiento de Gonzalo Herranz”, *Cuadernos de Bioética* 33 (2022), p. 280.

independiente⁹¹¹ de la objeción de ciencia con respecto a la de conciencia, aunque en algunas situaciones fuera posible plantear ambas⁹¹².

a. DIFERENCIAS SOBRE EL FUNDAMENTO JURÍDICO

En su conversación con *Nomos*, HERVADA explicaba de una manera amable y plástica que las libertades de conciencia, de pensamiento y de religión, a pesar de tratarse de realidades similares, eran bien distintas. En efecto, sostenía que la libertad de pensamiento recaía sobre los conceptos, opiniones, hipótesis o teorías, mientras que la religiosa protegía conductas y ritos, así como proposiciones teóricas o morales, que se presentan como derivación

⁹¹¹ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, José, "Objeción de conciencia farmacéutica", *Cuadernos de Bioética* 2 (1997), p. 866.

⁹¹² "Los tipos descritos en las diferentes leyes autonómicas hacen referencia tanto a la «negativa injustificada» como a negarse a dispensar sin «causa justificada». Ello nos lleva a deducir que el farmacéutico podría ampararse para no dispensar un determinado medicamento -la PDD en este caso- tanto, tal y como hemos señalado, en razones científicas, y estamos hablando entonces de una objeción de ciencia, legales en que se daría la denominada objeción de legalidad, o incluso razones de conciencia". MANZANO SALCEDO, Ángela..., pp. 31-32. "A pesar de todo, numerosos expertos insisten que las decisiones sobre la cirugía en testigos de Jehová deberían analizarse «dentro del marco de las indicaciones y las contraindicaciones», y que «no se debería apelar a la objeción de conciencia, sino a la valoración colegiada y profesional de dichos riesgos». En esos casos, se dice, más que «objeción de conciencia» cabría plantear una «objeción de ciencia»". OJEDA RIVERO, Rafael..., p. 669.

necesaria de un ideario religioso⁹¹³. En contraposición, un rasgo fundamental de la conciencia era la capacidad de juzgar la acción singular y concreta, a diferencia de los supuestos anteriores cuyo ejercicio implica una deducción de enunciados generales religiosos o ideológicos⁹¹⁴. En esa conversación, el profesor español reconocía —y

⁹¹³ En rigor, la libertad religiosa abarca más aspectos que los afirmados precedentemente. Con esta mención, pretendemos centrarnos en la parte pertinente para nuestra investigación a fin de realizar el contrapunto con las libertades de conciencia y pensamiento. Entre los derechos directamente relacionados con la libertad religiosa encontramos:

- 1) El derecho a profesar las creencias que libremente se elijan,
- 2) el derecho a cambiar o abandonar las creencias religiosas,
- 3) el derecho a manifestar las creencias o abstenerse de hacerlo,
- 4) el derecho a transmitir y recibir información religiosa por cualquier medio lícito,
- 5) el derecho a no ser obligado a prestar juramento o hacer promesa, según fórmulas que violenten las convicciones religiosas,
- 6) el derecho a practicar individual o colectiva, pública o privadamente actos de culto,
- 7) el derecho a no ser obligado a practicar actos de culto en contra de las propias convicciones y
- 8) el derecho a recibir asistencia de los ministros de la propia confesión religiosa.

Cfr. PADILLA, Norberto, “Derecho a practicar la propia religión” en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORIA, Juan (Coord.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, pp. 44-58. Para profundizar en otros aspectos de la libertad religiosa en Argentina y los temas que deberían ser objeto de revisión, recomendamos ver NAVARRO FLORIA, Juan, *El Derecho Eclesiástico en la República Argentina: asignaturas pendientes*, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 25 (2009), pp. 513-532.

⁹¹⁴ Cfr. HERVADA, Javier, “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia”, *Dikaion* 3 (1994), pp. 99-123. En el mismo sentido, cfr. NAVARRO

lamentaba— que los doctrinarios, los tribunales y los mismos textos normativos habían tratado estos conceptos de manera análoga, generando confusión en los operadores jurídicos.

Desde la filosofía y la etimología, coincidimos con HERVADA, que la libertad de conciencia es el verdadero antecedente de las objeciones de ciencia y de conciencia. En ambos casos, el profesional ejerce un juicio singular y concreto de la razón práctica que le ordena hacer o abstenerse de una conducta, sea a partir de razones técnico-científicas o ideológico-religiosas. Desde esta perspectiva, es obligado reconocer que la libertad de conciencia es su antecedente último y fundamental⁹¹⁵.

No obstante, considerar esta libertad de manera aislada resultaría insuficiente e incompleto para desarrollar nuestro análisis jurídico. Pareciera necesario analizar cómo se especifica la libertad de conciencia a través de otros bienes. Como sosteníamos con ALBERT, muchos rechazos voluntarios (por no decir todos) tienen como antecedente un juicio de la conciencia⁹¹⁶. La clave de bóveda estará dada por los bienes que informan el contenido de esta libertad. A este respecto, existe un consenso generalizado entre los autores sobre el fundamento de la objeción de conciencia, el cual reposaría en

FLORIA, Juan, *El derecho a la objeción de conciencia*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 25.

⁹¹⁵ Y —nos atrevemos a decir— más conveniente para su correcto abordaje desde la mirada de la técnica jurídica. Esto mismo lo hemos afirmado en este trabajo en IX.2.d.

⁹¹⁶ Ídem nota 796.

la libertad de pensamiento y de religión⁹¹⁷. En contraposición, la objeción de ciencia no se justifica a partir de ellas, sino desde la libertad de actuación médica derivada del ejercicio profesional⁹¹⁸. Conforme hemos concluido de la primera parte de la tesis, la objeción de ciencia es un elemento esencial de la libertad de actuación médica, una herramienta que permite al profesional ejercer su ciencia sujeto a los cánones de erudición que aporta la evidencia científica.

En honor a la verdad y en memoria del autor citado, consideramos que sería más correcto sostener que ambas proceden de una

⁹¹⁷ Cfr. BARRERO ORTEGA, Abraham, "Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo. (A propósito de la STC 154/2002, de 18 de julio)", *Revista Española de Derecho Constitucional* 75 (2005), pp. 325-356; AGULLES SIMÓ, Pau..., p. 35; MARTÍN DE AGAR, José Tomás, "Problemas jurídicos de la objeción de conciencia", *Scripta Theologica* 27 (1995). En materia jurisprudencial, STC 23 de abril de 1982 (RTC 1985/53), STC 27 de octubre de 1987 (RTC 1987/161), STC 23 de abril de 1982 (RTC 1982/15), STC 27/6/1990 (RTC 1990/120), entre muchos otros. En el mismo sentido, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU reconoce la objeción de conciencia como derivado de la libertad religiosa y de pensamiento. Cfr. Resoluciones 1989/59 de 8 de marzo, 1995/83 de 8 de marzo, 1998/77 de 11 de abril y 1987/46. En el mismo sentido, cfr. Informe del comité de Bioética de España sobre la Objeción de Conciencia...; NAVARRO FLORIA, Juan...; APARISI MIRALLES, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José, "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófica a su reconocimiento legal", *Persona y Bioética* 10 (2006), pp. 35-51.

⁹¹⁸ "La objeción de ciencia no enraíza en convicciones morales, políticas o religiosas, sino en el respeto del derecho a la libertad de método y prescripción (art. 33.2 del Código Deontológico)". RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, "La omisión de información en las historias clínicas en el ejercicio de la medicina privada como supuesto de responsabilidad por mala praxis médica", *Cuadernos de Medicina Forense* 23 (2017). En el mismo sentido, cfr. del mismo autor, "Urgencias infantopediátricas: Aspectos legales", *Diario la ley*, N.º 8794, Sección Doctrina, 1 de julio de 2016, Ref. D-263 y SOUTO PAZ, *Derecho eclesiástico del Estado: el derecho de la libertad de ideas y creencias*, Marcial Pons, Madrid, 1995, 3ª Ed., p. 150.

misma fuente primaria, la libertad de conciencia, que se especifica a través de otras libertades que informan su objeto. Así, encontramos que las fuentes de ambas objeciones son distintas, en la medida que la primera se halla en la libertad de actuación médica y la segunda en las de pensamiento y religión. En el caso de la objeción de ciencia, son las razones de tipo profesional, los argumentos científicos o técnicos, los que permiten preservar la opinión del médico frente a otros colegas o instancias. En cambio, como sostiene DÍEZ FERNÁNDEZ, es el sistema ideológico o de creencias del médico lo que justifica la objeción de conciencia a lo indicado por el colega, el paciente o la autoridad⁹¹⁹. Esta diferencia también se advierte en su disposición constitucional, la cual se apoya en preceptos independientes: mientras la objeción de conciencia se justifica con eminencia en la libertad de cultos e intimidad⁹²⁰, la de ciencia en la libertad de actuación médica y autonomía profesional⁹²¹.

⁹¹⁹ “Además, cabe destacar la diferencia que existe entre la objeción de conciencia, propiamente dicha, y la objeción de ciencia. La objeción de ciencia apela a razones de tipo profesional, a argumentos científicos o clínicos, bien para mantener una opinión discrepante de otros colegas o instancias; bien para rechazar imposiciones legales o mandatos de autoridad porque considera que en virtud de lo que sabe y conoce, aquello que se le solicita realizar es inmoral, configurando una objeción de conciencia basada en el sistema de conocimientos o ideas del médico”. DÍEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, “El nuevo CE médica: la supervivencia de la deontología en el marco legislativo actual”, *Diario la Ley* N.º 7975, sección doctrina, 29 de noviembre de 2012. En el mismo sentido, cfr. REBECA KARINA..., p. 334.

⁹²⁰ Cfr. artículos 14º séptimo apartado, 19º, 20º cuarto apartado de la CN y 16º de la Constitución española.

⁹²¹ Cfr. primer apartado de los artículos 14º y 20º, 75º inciso 19º *in fine* de la CN y 36º de la Constitución española.

b. DIFERENCIA SOBRE EL CONTENIDO DE LAS NORMAS EN CONFLICTO

Antiguamente se sostenía que los casos de objeción de conciencia manifestaban un conflicto entre dos órdenes: uno moral y otro legal. Aunque algunos autores contemporáneos insisten en esta tesis⁹²², parecería más adecuado sostenerla en ordenamientos que no reconocen de manera expresa o implícita el derecho a objetar por razones de conciencia.

Más recientemente, otros autores han considerado que, cuando el ordenamiento reconoce la objeción de conciencia u otras libertades asimilables, estrictamente lo que se presenta es un conflicto entre normas, que se resuelve a partir de las reglas de la hermenéutica jurídica y, en última instancia, la prudencia judicial⁹²³. Esta nueva visión muestra que el aparente conflicto no se produce entre dos pretensiones de naturaleza distinta, sino jurídicas. Así, tanto en la objeción de conciencia como en la de conciencia —por su reconocimiento normativo y jurisprudencial— es posible afirmar que el conflicto se da entre normas. En ambos casos, la colisión se

⁹²² NEIRA, Karin y SZMULEWICZ, Esteban, “Algunas reflexiones en torno al derecho general de la objeción de conciencia”, *Revista de Derecho y Humanidades* 12 (2006), pp. 185-198.

⁹²³ ASIAIN, Carmen..., p. 18; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas. Comentarios a las tesis de Andrés Ollero” en OLLERO TASSARA, Andrés *et al.*, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p. 60 y ALBERT, Marta, *Libertad de conciencia. El derecho a la búsqueda personal de la verdad*, Palabra, Madrid, 2014, p. 66.

verifica entre el mandato objetado y el derecho a la libertad de religión e ideológica o la libertad de actuación médica.

A pesar de que las objeciones reconocen este conflicto entre normas jurídicas, la diferencia radica en su contenido, pues en un caso se trata de colisión entre deberes y en otro, entre un derecho y un deber. En el caso de la objeción de ciencia el ordenamiento impone a los profesionales un deber expreso de obrar conforme a la evidencia científica⁹²⁴, con independencia profesional⁹²⁵ y con una finalidad terapéutica⁹²⁶. Estos deberes, que han sido repasados con anterioridad y tienen su fundamento en la calidad de la atención médica en beneficio del paciente, exigen al profesional rechazar aquello que le es impuesto contra su criterio. Por el contrario, en los casos de objeción de conciencia, no hay un deber antecedente que exija objetar, sino una libertad protegida, es decir, una facultad de ejercer libremente un derecho humano. Eventualmente, para el objetor existirá un deber moral, mas no una exigencia jurídica.

No desconocemos que ALBERT afirma, con sustento en jurisprudencia del TEDH, que en algunos casos de objeción de conciencia pareciera existir un deber de objetar al mandato recibido⁹²⁷. Sin

⁹²⁴ Este tema ha sido abordado de manera sistemática a lo largo de nuestra investigación. A mayor abundamiento, cfr. el tratamiento que le hemos dado en I.4.b., II.6.a., II.6.d., II.6.e., VI.4.c., VII.3.c.i., VII.3.c.ii. y VII.5.c.

⁹²⁵ Cfr. de este trabajo I.4.c., II.6.e., VI.4.b. y VII.3.c.v.

⁹²⁶ Cfr. de este trabajo, I.4.a., II.6.a., III.2.a., IV.2.b.i., V.4.a., VI.2.b.ii.

⁹²⁷ TEDH, *Polednová v. República Checa*, 2011. Lo mismo en *KHW v. Alemania*, 2001, parágrafos 75, 76 y 104.

embargo, no es menos cierto que estas situaciones representan casos excepcionales y el amplio espectro de las objeciones plantean una discrepancia con lo ordenado cuando hay una libertad reconocida y no un deber en conciencia. En general, hay consenso en sostener que en los casos de conciencia el objetor se encuentra frente a lo lícito, mientras que en los de ciencia, frente a lo exigible.

c. DIFERENCIAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBJECIONES

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia no se encuentra clausurada, al punto que en la actualidad conviven tendencias excluyentes entre sí. Este instituto ha sido catalogado como⁹²⁸

1. una mera desobediencia a la ley⁹²⁹,
2. una tolerancia legislativa⁹³⁰,
3. una excepción legal⁹³¹,

⁹²⁸ Esta clasificación puede encontrarse en DE LA HERA, A., "Sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia" en IBÁN, I. (coord.), *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, pp. 141-164.

⁹²⁹ Cfr. IBAN, I. y PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 160. Asimismo, cfr. Jurisprudencia SAP Madrid 9 de mayo de 1997 (ARP 1997/1295), SAP Córdoba 9 de enero de 1997 (ARP 1997/26).

⁹³⁰ Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE, José María, *Derecho Eclesiástico Español*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Madrid, 1989, pp. 214-215.

⁹³¹ Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, "El interés religioso y su tutela por el Estado", en GONZÁLEZ DEL VALLE, José María *et al.*, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*,

4. una sustitución de la moral comunitaria por la individual⁹³²,
5. un derecho subjetivo⁹³³ y
6. un derecho fundamental⁹³⁴.

Conforme trataremos a continuación, la objeción de ciencia tiene naturaleza de derecho humano, derivado de la libertad de actuación médica. Fuera de la discusión sobre su encuadre dentro de la tradicional objeción de conciencia o como categoría independiente⁹³⁵, el tratamiento que se ha dado desde la doctrina ha sido claramente distinto. La consideración de derecho humano por

Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1983, p. 531; SIMÓN YARZA, Fernando, “¿Exención de un *deber* de abortar? Sobre el registro navarro de objetores y el significado de la «objeción de conciencia»”, *Revista Jurídica de Navarra* 58 (2014), pp. 159-180; VERA URBANO, Francisco de Paula, *Derecho eclesiástico I*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 341; en el mismo sentido, cfr. STC 160/1987 de 27 de octubre; STC 15/1982 de 23 de abril, Autos del Tribunal constitucional de 18 de julio y 29 de octubre de 1996 (RJ 1998/5382), entre muchos otros.

⁹³² Cfr. LAPORTA, F. J., Prólogo en PELÁEZ ALBENDEA, F. J., *La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho positivo español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, XI.

⁹³³ Cfr. CIÁURRIZ, María José, “La objeción de conciencia”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 3 (1987), p. 269.

⁹³⁴ Esta postura es ampliamente defendida por la doctrina. Su caracterización recae en la eficacia directa del derecho a la objeción de conciencia. Para un desarrollo pormenorizado de esta cuestión cfr. GÓMEZ ABEJA, Laura, *Las objeciones de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016; TOLLER, Fernando María, “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, *Vida y Ética* 8 (2007), p. 164; entre muchos otros.

⁹³⁵ Cfr. de este trabajo, IX.2.c.

oposición a otras naturalezas que pudiera tener la objeción de conciencia trae consigo importantes consecuencias prácticas⁹³⁶.

d. DIFERENCIA SOBRE LOS DERECHOS Y SUJETOS PROTEGIDOS

Conforme se profundizará en el capítulo siguiente, la objeción de conciencia busca garantizar al profesional el ejercicio de la libertad de actuación médica⁹³⁷. Como hemos expuesto, junto a este fin primario, existe una finalidad más interior y principal: la protección de la vida y la salud del paciente⁹³⁸. Asimismo, como tratándose de otros efectos derivados, encontramos la protección de la racionalidad pública y de la autonomía institucional de la profesión médica.

Por el contrario, la objeción de conciencia protege una dimensión distinta de la libertad: la religiosa e ideológica. Esta diferencia no es menor pues —entre otros efectos— los sujetos y bienes protegidos son distintos. Mientras la objeción de conciencia protege al

⁹³⁶ Teniendo la objeción de conciencia un tratamiento tan diverso por parte de la doctrina y la jurisprudencia, no ingresaremos al estudio pormenorizado de todas ellas. No obstante, destacamos la relevancia práctica que tiene la consideración de derecho constitucional. Por ejemplo: la protección especial y reforzada de los órganos estatales, los recaudos que se requieren para limitar su contenido, las garantías de protección de la cual gozan, la aplicabilidad directa sin necesidad de una norma infra constitucional que los reconozca, la obligación de los poderes públicos de maximizar su contenido, la legitimación ampliada para su defensa, etc.

⁹³⁷ Cfr. de este trabajo, XII.3.

⁹³⁸ Con anterioridad hemos explicado que la libertad de actuación médica tiene naturaleza instrumental al servicio del bienestar del paciente. Asimismo, hemos dicho que la protección de esta libertad redundará en beneficios para el paciente pues, a través de ella se ejerce con corrección la medicina adecuada.

profesional, titular del derecho a la libertad ideológica y se agota en la defensa de la moralidad individual⁹³⁹, la objeción de ciencia proyecta sus beneficios directamente sobre el paciente, debido al carácter instrumental de la libertad de actuación médica. En la objeción de ciencia, el profesional asume una posición de garante frente al paciente, que se encuentra dada por su idoneidad técnica, sus conocimientos especializados y la especial confianza depositada en el marco de la alianza terapéutica. A diferencia de ello, en la objeción de conciencia, el objetor no busca *prima facie* la protección del sujeto destinatario, sino la defensa de su fuero interno.

e. DIFERENCIA SOBRES LOS BIENES PROTEGIDOS

En su obra *Natural Law and natural rights*, FINNIS plantea siete formas básicas de bienes⁹⁴⁰: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica y la

⁹³⁹ “La objeción de conciencia consistiría en el incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de la conciencia, cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, es estrictamente moral...” Cfr. MARTÍNEZ LEÓN, María de las Mercedes y RABADAM JIMÉNEZ, José, “La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la Ética y Deontología”, *Cuadernos de Bioética* 21 (2010), 199-200. Nada obsta que la moral individual sea ejercitada de manera colectiva. Con este punto queremos dar relevancia a la diferente finalidad, en tanto que la objeción de ciencia no se agota con la defensa de la LAM.

⁹⁴⁰ Para el profesor de Oxford, estas categorías integran “una serie de principios prácticos básicos que muestran las formas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar, y que son usados de una manera u otra por cualquiera que reflexiona acerca de qué hacer, no importa cuán erróneas sean sus conclusiones”. FINNIS, John, *Ley natural...*, p. 57.

religión⁹⁴¹. Llegados a este punto, podemos preguntarnos si las dos especies de objeción coinciden en los bienes que pretenden proteger.

En nuestro estudio, ambos institutos se encuentran emparentados con la razonabilidad práctica⁹⁴², pues el ejercicio de toda objeción implica un juicio racional, destinado a realizar una elección genuina conforme a las propias valoraciones⁹⁴³.

Además, DIDIER⁹⁴⁴ afirma que la objeción de conciencia encuentra su fundamento en la religión⁹⁴⁵. En sus orígenes, la objeción de conciencia nació como una especial protección jurídica de la libertad religiosa frente a los mandatos de la autoridad. Con posterioridad, el amparo ofrecido por la objeción de conciencia fue extendiéndose a motivos más profanos. Así, encontramos pacifistas, ecologistas y

⁹⁴¹ FINNIS, John, *Ley natural...*, pp. 117-121.

⁹⁴² FINNIS define a la razonabilidad práctica como “el bien básico de ser capaz de hacer que la propia inteligencia se aplique eficazmente (en el razonamiento práctico que da por resultado una acción) a los problemas de elegir las acciones y el estilo de vida de cada uno y de formar el propio carácter”. FINNIS, John, *Ley natural...*, p. 119.

⁹⁴³ Sobre la dimensión volitiva de la objeción de conciencia, cfr. en este trabajo, XII.5.a.

⁹⁴⁴ Cfr. DIDIER, Marta María, “El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación”, *Dikaion* 24 (2015), p. 267.

⁹⁴⁵ Sobre la religiosidad, el profesor australiano afirma que en todas las culturas se halla una preocupación auténtica sobre un orden superior a la persona, así como sobre el origen más allá de todos y cada uno de los hombres. FINNIS, John, *Ley natural...*, p. 120.

otros individuos o colectivos que rechazaban determinados deberes a partir de un marco axiológico e ideológico, no religioso.

Ahora bien, ¿es la religiosidad el bien humano básico protegido por la objeción de ciencia?, ¿puede afirmarse que la objeción de ciencia pretende defender la experiencia religiosa, el marco ideológico del sujeto? Consideramos que no. En los casos de la objeción de ciencia, lo que parece protegerse es la salud del paciente previniendo el daño, fundado en el conocimiento técnico del médico. En este sentido, existen motivos para sostener que la religiosidad no es un bien humano básico protegido por la objeción de ciencia, sino la vida como primer valor. En efecto la objeción de ciencia, al proteger al paciente, destinatario de la práctica médica irrazonable, busca salvaguardar su vida y salud ejerciendo en su favor, una función vicarial.

f. DIFERENCIAS SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL MANDATO OBJETADO

Como se verá al final de este Capítulo, la objeción de ciencia actúa a modo de protección racional en el Estado de Derecho Constitucional⁹⁴⁶. Esta finalidad genera una diferencia sustancial con la tradicional objeción de conciencia. En su origen, la objeción de conciencia ha sido concebida como facultad de eximirse frente a una norma que impone *prima facie* un deber legítimo⁹⁴⁷; o frente a lo que

⁹⁴⁶ Cfr. XI.5.a.

⁹⁴⁷ En este mismo sentido, tiene dicho el CBE que “[l]a auténtica objeción de conciencia, por tanto, requiere la presencia de dos elementos: primero, que exista

SIMÓN YARZA denomina una “presunción conceptual de la legitimidad del mandato objetado”⁹⁴⁸. Como sostuvimos en la introducción, la objeción de conciencia consistiría en una negativa frente a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible⁹⁴⁹. Acciones como izar una bandera, enlistarse en el ejército, trabajar un día festivo no resultan flagrantemente irrazonables. Esto no obsta que el Estado, consciente de la pluralidad religiosa, ideológica y axiológica permita el incumplimiento de aquellos que se sientan agraviados por estas conductas. Para evitar invadir con violencia el fuero íntimo, la autoridad ha querido dotar a las minorías de una herramienta que les permita desobedecer el mandato recibido.

En el caso de la objeción de ciencia, el instituto parte de una realidad distinta: ella no responde a una norma *prima facie* legítima. Al contrario, la norma objetada resulta irrazonable, pues impone una determinada estrategia terapéutica al profesional que

1. desconoce los fines de la Medicina,
2. resulta técnicamente inadecuada para el paciente o

una norma de obligado cumplimiento y, segundo, que se realice un juicio de la conciencia personal que sea incompatible con dicho imperativo legal. De este modo, en ocasiones se manejan otras figuras que contienen algún elemento común pero que tienen una diferente naturaleza moral, como puede ser la *objeción de ciencia*, donde no existe un auténtico imperativo legal y pudiera haber dudas relacionadas con la evidencia científica disponible en ese momento y para esas circunstancias concretas...” Informe del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en relación con la prestación de la ayuda para morir de la ley orgánica reguladora de la eutanasia, del 21 de julio de 2021.

⁹⁴⁸ Cfr. SIMÓN YARZA, Fernando..., p. 161.

⁹⁴⁹ Ídem nota 11.

3. afecta el contenido esencial de la libertad de actuación médica⁹⁵⁰.

Como sostienen MONTERO VEGA y GONZÁLEZ ARAYA,

el deber deontológico da al profesional cobertura suficiente, de modo que sea capaz de conseguir que no nazca para él el deber jurídico que le obligaría a actuar de forma contraria a su ciencia y, por tanto, no lleguemos a estar ante un caso de objeción de conciencia.⁹⁵¹

Por tanto, mientras la objeción de conciencia se invoca —en general— frente a actos que gozan de presunción de legitimidad, la objeción de conciencia se interpone contra actos presuntamente ilegítimos. Esta circunstancia tiene una importancia capital pues estrictamente no existiría un deber jurídico de obrar y una excepción singular a ese deber. La objeción de conciencia no consiste en una exención particular, sino en una garantía para rechazar una actuación ilegítima. En otros términos, la objeción de conciencia no necesariamente cuestiona el ordenamiento jurídico objetivo o la ley objetada. Al contrario, la objeción de conciencia cuestiona la obligatoriedad de algunos aspectos de la norma, cuando se dan determinadas circunstancias y para un sujeto específico. En cambio, la objeción de conciencia, en esencia, cuestiona la norma y su obligatoriedad.

Ambas objeciones enriquecen al propio ordenamiento centrándose en el hombre como centro y eje de la comunidad política.

⁹⁵⁰ Cfr. de este trabajo, IV.4, V.5 y VIII.3.d.

⁹⁵¹ MONTERO VEGA, Adela y GONZÁLEZ ARAYA, *Electra...*, pp. 123-131.

La objeción de conciencia humaniza el Derecho y garantiza que la ideología mayoritaria —legítimamente representada—, no se imponga sobre las minorías, ni siquiera sobre cada persona humana. La objeción de conciencia aporta al debate público y al despliegue de la libertad humana la riqueza de las distintas concepciones de la vida que los hombres a lo largo de la historia han querido libre y responsablemente profesar.

g. DIFERENCIA SOBRE LA INTERPRETACIÓN

En el análisis comparativo de las objeciones, pareciera que corresponde una interpretación más amplia y benigna para la objeción de ciencia en relación con la de conciencia.

Un primer argumento para sostener ello lo encontramos en las proyecciones que tiene el mandato recibido sobre los terceros interesados (pacientes). En el caso de la objeción de ciencia, el profesional tiene el deber de garantizar la atención de calidad. Esta circunstancia hace que la interpretación sea la más beneficiosa para el objetor que, amparado en el interés superior del paciente, aplica el principio de beneficencia. Por el contrario, en el caso de la objeción de conciencia, cuando la defensa de la moralidad individual pudiere acarrear perjuicios para terceros, su ejercicio debe matizarse y, en determinadas circunstancias, restringirse.

Valga un ejemplo para revisar el alcance de la interpretación en ambos supuestos. En el caso de un menor perteneciente a la comunidad de Testigos de Jehová, que requiere una transfusión de sangre para llevar adelante un procedimiento, la objeción de conciencia de los padres a ser trasfundido será distinta a la objeción de ciencia del profesional, si considera que la terapia no resulta idónea

para el menor. En este caso, por las consecuencias que la objeción de conciencia puede traer sobre el menor, la jurisprudencia ha interpretado restrictivamente la negativa de los padres. En cambio, cuando lo que se encuentra en análisis resulta la mejor técnica aplicable al menor, la interpretación que la jurisprudencia ha dado es más amplia⁹⁵².

Un segundo motivo radica en la naturaleza de la norma objetada. Como hemos visto recién, la objeción de ciencia procede contra actos presuntamente ilegítimos. Por esta causa, al momento de juzgar el ejercicio de la objeción, la carga de probar la legitimidad de la norma se invierte. Al solicitar la exención, no es el médico quien debe justificar el rechazo de una norma legítima pero singularmente derogable; por el contrario, es la autoridad quien debe motivar más la elección del medio y probar que no existen otros alternativos y más eficaces para lograr el cometido público. Estrictamente quien objeta es el paciente o la autoridad, pues su solicitud contraría la evidencia científica, los fines de la medicina y la autonomía profesional. Esta situación lleva a la exigencia que, quien solicita la terapia deba

⁹⁵² Recientemente la PRIMERA CÁMARA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN tuvo oportunidad de tratar el caso de cuatro familias que querían enviar a sus hijos a guarderías sin acreditar previamente vacunas multivalentes (paperas, sarampión, rubeola). En este caso, el Tribunal sostuvo que, al ejercer el cuidado de la salud de sus hijos, los padres deben basarse en el interés superior del niño y tienen menos libertad de oponerse a los estándares de razonabilidad médica de la que tendrían en virtud de su derecho a la libre determinación sobre su propia integridad física. Cfr. PRIMERA CÁMARA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, sentencia del 21 de julio de 2022, 1 BvR 469/20, Rn. 1-171. El texto de la sentencia se encuentra disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/07/rs20220721_1bvr046920.html.

probar que su decisión, contraria a la ortodoxia científica, es la correcta.

La fundamentación de la objeción podrá ser más o menos intuitiva para el profesional según los casos que se le presenten. En aquellos en los que la causa resulte de la aplicación directa o lógicamente derivada de una norma deontológica explícita, contará con mejores elementos para justificar su objeción, bastándole invocar la norma para acreditar la sinceridad y seriedad de su actuación. En aquellos en los que el rechazo resulte de una decisión prudencial entre distintos medios disponibles, deberá acompañar otros elementos de convicción para demostrar que su criterio científico es razonable y redundante en mayores beneficios para el paciente. De cualquier manera, tratándose de una institución novedosa, como tantas otras en la realidad jurídica, el alcance de su interpretación se irá explicitando ante desafíos concretos.

h. DIFERENCIA SOBRE LOS SUJETOS TITULARES

Hemos dicho que la objeción de ciencia es parte integrante de la libertad de actuación, siendo el médico su titular. A partir de esta idea, podemos inferir que la titularidad por antonomasia de la objeción de ciencia recaerá en los médicos⁹⁵³. Otros agentes sanitarios como enfermeros, administrativos, bioingenieros, químicos, no son sujetos titulares de esta libertad, sin perjuicio que puedan ejercer

⁹⁵³ Por cuestiones metodológicas no abordaremos la objeción de ciencia y de conciencia institucional. Consideramos que, por el estado actual del arte y la discusión doctrinal, jurisprudencial y normativa, queda justificado un análisis más extenso e independiente.

otros tipos de objeciones profesionales en el ámbito de sus competencias. Esta distinción se fundamenta en la idoneidad científica que posee el profesional en su ámbito. La objeción sólo puede ser interpuesta por aquellos que ejercen con jerarquía y soberanía el acto médico⁹⁵⁴ y se encuentran sujetos a las reglas deontológicas y de control disciplinario⁹⁵⁵. Por tanto, siendo la idoneidad el recaudo fundamental de la competencia profesional, todos aquellos que carezcan de esa formación, de esa idoneidad, se encuentran imposibilitados de ejercer una objeción de ciencia.

En esto radica una gran diferencia con la objeción de conciencia, pues, mientras la primera sólo puede ser invocada por profesionales del arte de curar, la segunda puede plantearse por personal no médico, por cualquier ciudadano. No desconocemos que existe una discusión abierta sobre el recaudo de participación directa y necesaria para acogerse a la figura de objetor en determinadas prácticas terapéuticas. Más allá de la discusión, queremos acentuar la diferenciación según la titularidad de ambos derechos, con independencia que en determinados casos puedan exigirse mayores requisitos. A este respecto son muy ilustrativas las palabras de VALDEZ y TOLLER cuando afirman:

No es la posesión de un título de médico lo que habilita a la objeción de conciencia, sino el respeto a la libertad que toda

⁹⁵⁴ Cfr. de este trabajo, II.6.b. y III.2.c.

⁹⁵⁵ Cfr. de este trabajo, IV.3.d y IV.3.e.

persona tiene a pensar y creer, y a querer vivir con coherencia de vida, de acuerdo con lo que se piensa y se cree.⁹⁵⁶

i. DIFERENCIAS SOBRE LA INFLUENCIA DE LA URGENCIA

Una de las limitaciones que los autores han reconocido en el ejercicio de la objeción de conciencia radica en la urgencia del paciente. Esto es: en los casos donde se encontrara gravemente comprometida la salud o la vida, y no fuera posible que otro profesional se haga cargo de la atención, la expectativa del objetor debería ceder —al menos en principio— en favor del paciente⁹⁵⁷. Asimismo, los

⁹⁵⁶ Nota en el Diario La Nación, *Derecho a ser objetor de conciencia*, 14 de enero de 2022, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/derecho-a-ser-objetor-de-conciencia-nid14012022/> el 22 de marzo de 2023.

⁹⁵⁷ Afirma SIEIRA MUCIENTES que “sólo estaremos ante un límite del derecho fundamental de objeción de conciencia sanitaria cuando la intervención sea imprescindible para evitar la muerte de la mujer o la lesión de su integridad en casos graves, y además, siguiendo nuestra metodología de determinación de los límites, sólo cuando no exista personal no objetor en el caso concreto capaz de realizar la intervención. [...] Las indicaciones eugenésica y criminológica no constituyen un límite al derecho de objeción, pues no existe en ellas ningún tipo de urgencia”. SIEIRA MUCIENTES, Sara, “La objeción de conciencia sanitaria desde la perspectiva constitucional” en AA. VV., *VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario*, 2000, p. 298. De la misma manera ha sido tratado en las sesiones del Senado mexicano durante el tratamiento de las reformas de la Ley General de Salud. “Antes de plantear la regulación de este derecho, hay que preguntarse si no existe frente a esas normas conflictivas una «objeción de ciencia», basada en estrictos criterios médicos. [...] Ahora bien, en el tema de la objeción de ciencia y conciencia en la práctica médica hay dos elementos fundamentales que debemos considerar: si bien el médico tiene derecho a la objeción de conciencia, por razones éticas o morales, este derecho

autores han dicho que la objeción de conciencia de ninguna manera puede significar una imposición del propio sistema de creencias y valores⁹⁵⁸.

En los Estados de Derecho actuales, el pluralismo es una realidad querida y fomentada, pues la riqueza multicultural se muestra como un verdadero valor⁹⁵⁹. En los casos de objeción de conciencia, a pesar de ser dignos de respeto y admiración, los valores del profesional pueden verse limitados por el contexto médico que le exige una conducta específica para salvar la vida del paciente. En los casos de objeción de ciencia, este límite es ficticio. La objeción científica, no parte de un valor axiológico o religioso como contrapuesto al del paciente, sino del valor científico de la terapia. Más aun, cuando la objeción de ciencia se produce en un contexto de urgencia, se busca el beneficio del enfermo, es decir, la correcta aplicación de la ciencia médica. No corresponde aquí analizar la ponderación de los

tendrá eficacia siempre que no ponga en peligro la vida del paciente o sea susceptible de interpretarse como ajeno a la beneficencia o responsabilidad de su profesión". Proyecto de decreto por el que se reforman y adecuan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, Diario de los Debates de la CÁMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 12 de noviembre de 2009, LXI Legislatura, año I, Primer período ordinario, sesión 24. En el mismo sentido, cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, "La objeción de conciencia" en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORIA, Juan (Coord.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, p. 291.

⁹⁵⁸ Esta afirmación no deja de ser discutible. No pretendemos en este trabajo hacer un análisis sobre el acierto de ello, solamente destacar la problemática y su contrapunto con la objeción de ciencia.

⁹⁵⁹ Cfr. CSJN, *Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad*, Fallos 344:441, 2021.

sistemas, o el sacrificio de uno en favor del otro. Este análisis excede la objeción de ciencia pues lo que se pretende es aplicar la medicina más conveniente. Por tanto, la urgencia no tiene un valor decisivo, a diferencia de lo que sucede en la objeción de conciencia.

j. DIFERENCIA SOBRE EL DEBER DE EXTERIORIZAR LOS MOTIVOS

La sinceridad es un elemento indispensable para verificar la veracidad en el ejercicio de la objeción de ciencia. Este requisito también resulta relevante en la objeción de conciencia pues de no serlo —como sostiene el TEDH— la protección de la libertad de conciencia y el consecuente reconocimiento de la objeción se vería comprometido e incluso podría rechazarse⁹⁶⁰. La actual discusión radica en el modo en que dicha sinceridad debe acreditarse.

Al igual que la objeción de ciencia, la objeción de conciencia requiere para su reconocimiento fundarse en un valor social básico, no en un juicio meramente subjetivo, carente de relevancia. Como sostuvo la Cámara de los Lores en el caso *Williamson*⁹⁶¹, la objeción de conciencia debe ser coherente con unos estándares mínimos de dignidad humana y los hechos sobre los cuales recae deben ser serios, es decir capaces de conmover las convicciones del objetor. De

⁹⁶⁰ TEDH, *Arrowsmith c. Reino Unido*, Rep. Com. 7050/75. En esta sentencia se sostuvo que cuando las acciones de los individuos no expresan realmente las creencias en cuestión, no pueden considerarse protegidas, aunque son motivadas o influidas por ellas.

⁹⁶¹ Cfr. HOUSE OF LORDS (UNITED KINGDOM), “*R (Williamson) v. Secretary of State for Education and Employment*”, 2005, UKHL 15, [2005], 1 FCR 498, [2005] 2 AC 246.

la misma manera, la objeción de ciencia no puede fundarse en una opinión técnica aislada sin sustento científico, sino que debe contar con evidencia respaldatoria que avale la opinión profesional. No toda objeción de ciencia se encuentra justificada, sino sólo aquella que se ciñe a la materia esencialmente médica y a la evidencia científica disponible. En otras palabras, la objeción de ciencia debe tener cierto grado de seriedad, pues no todo rechazo goza de estatus de objeción.

Hemos sostenido que los motivos para justificar el comportamiento del objetor resultan distintos. En la objeción de conciencia, las razones a las cuales acude el profesional configuran su ámbito de reserva e intimidad. En cambio, en la objeción de ciencia acude a aspectos contrastables, técnicos y científicos, que hacen a su esfera profesional⁹⁶².

⁹⁶² TOMÁS Y GARRIDO, Gloria María, SÁNCHEZ FIDELI, María Amparo, "Objeción de conciencia y de ciencia en la investigación de la industria farmacéutica", *Cuadernos de Bioética* 20 (2009), p. 512. "Existe también la objeción de ciencia, acogiéndose a ella, el investigador puede aducir razones de ciencia en virtud de su competencia profesional y formación científica para realizar la objeción ante una actividad o tarea no acorde a la verdad científica". En el mismo sentido ha dicho MONDRAGÓN BARRIOS, que "[e]l conflicto real en la objeción de ciencia no es la confrontación entre la conciencia personal y procedimientos legales, de lo que se trata es de rebatir a una prescripción que agravia la *lex artis*, a través de argumentos científico suficientes como para justificar tal discrepancia". Cfr. MONDRAGÓN BARRIOS, Liliana..., pp. 329-330. SAMBRIZZI refuerza esta idea sosteniendo que "nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas". SAMBRIZZI, Eduardo, "La objeción de conciencia en la ley 27610", *Diario La Ley*, año LXXXV, número 55, Tomo LL 2021-B, Thomson Reuters, Argentina, 2021, p. 2.

Aunque el debate persiste, algunos autores sostienen que en los casos de objeción de conciencia no hay deber de exteriorizar los motivos que llevan a tomar la decisión⁹⁶³. El argumento principal para justificar esta conducta reside en el respeto del fuero interno del objetor, al cual no puede exigírsele una exposición pública sin ser violentado⁹⁶⁴. En este mismo sentido, GASCÓN ABELLÁN entre otros⁹⁶⁵, sostiene que fiscalizar la sinceridad de los motivos deventría en una intromisión en la conciencia y en la intimidad del objetor⁹⁶⁶. En la objeción de conciencia se impone el caso opuesto.

⁹⁶³ Por ejemplo, autores como DIDIER sostienen que existe el deber de exteriorizar los motivos por los cuales se objeta en conciencia. Cfr. DIDIER, Marta..., p. 270. En el mismo sentido, cfr. de la misma autora, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 243-332. DURANY PICH, Ignasi, *Objeciones de conciencia*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 1998, pp. 16-19.

⁹⁶⁴ Cfr. artículos 19^º de la CN y 16.2^º de la Constitución española.

⁹⁶⁵ Ha afirmado VICENTE PRIETO que “[n]o le corresponde a la Corte, ni a ninguna otra autoridad, determinar el valor “objetivo” de esas convicciones. Una vez establecidas las condiciones para reconocer una verdadera objeción de conciencia, el camino a seguir debería ser el de reconocer el derecho a objetar y, al mismo tiempo ponderar, en cada caso, cómo se pueden satisfacer los distintos intereses en juego”. PRIETO, Vicente, “Dimensiones individuales e institucionales de la objeción de conciencia al aborto”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 30 (2012), p. 18. En el mismo sentido, la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA reconoció en la sentencia T 388 de 2009 que “no se trata, por tanto, de verificar si las convicciones que esgrime quien ejerce la objeción de conciencia son justas o injustas, acertadas o erróneas. En principio, la sola existencia de estos motivos podría justificar la objeción por motivos de conciencia” (n. 5.1)”.

⁹⁶⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 324.

En primer lugar, el contenido de las objeciones parte de supuestos distintos. Mientras la objeción de conciencia se apoya en el sistema de valores y principios íntimos de la persona, la de ciencia se justifica en elementos de conocimiento público y notorio. Los fundamentos técnicos por los cuales se objeta una determinada práctica terapéutica se encuentran en el patrimonio colectivo de la comunidad científica. Esta circunstancia lleva a considerar que ningún profesional puede invocar estos criterios, como elementos integrantes de su fuero íntimo.

En segundo lugar, las proyecciones de cada objeción sobre el paciente son distintas. En la objeción de conciencia, los motivos resultan, en términos generales, irrelevantes para aquél. El interés que tenga sobre las convicciones ideológicas o religiosas del profesional puede responder a causas ajenas a la finalidad terapéutica que motiva la relación. En el caso de la objeción de ciencia, la información que justifica la negativa es esencial para el paciente en vistas a su consentimiento informado⁹⁶⁷. En la objeción de ciencia, el juicio de razonabilidad terapéutica debe darse a conocer a todos aquellos a los que podrían derivarse los efectos directos de la decisión. El paciente tiene derecho a una opinión técnica sobre su estado clínico y el silencio del profesional le privaría de información relevante sobre su estado de salud y los potenciales riesgos a los cuales se expone.

En tercer lugar, recordará el lector⁹⁶⁸, a diferencia de lo que sucede en la objeción de conciencia, en los casos de objeción científica, el profesional debe informar al paciente y a las autoridades, de todo

⁹⁶⁷ Cfr. de este trabajo, IV.2.b.iii.

⁹⁶⁸ Cfr. de este trabajo, II.6.e.

ejercicio contrario a la medicina y siempre que su opinión técnica e independiente se encontrare restringida. La exteriorización de los motivos que llevan a objetar, a partir de elementos científicos contrastables, permiten hacer pública la autenticidad de la negativa. Asimismo, corre el velo de falsas objeciones que, bajo la apariencia de una conducta, encubren otras espurias. Esta situación beneficia la racionalidad del sistema de salud y evita que se invoque la objeción “como treta para verse libre de trabajos poco atractivos”⁹⁶⁹.

En cuarto lugar, como la objeción de conciencia es un derecho humano, ampara la conciencia errónea⁹⁷⁰. Con esta idea, carece de motivación que la autoridad contraste los argumentos de conciencia del profesional al rechazar un determinado deber. En estos casos, siguiendo a NAVARRO-VALLS, el Estado es incompetente para valorar las motivaciones que mueven al objetor⁹⁷¹. Por el contrario, en la objeción de ciencia la autoridad tiene el deber de verificar su contenido para juzgar si es correcto. Es decir, el Estado, a través del órgano especializado de contralor, el Colegio profesional, puede y debe⁹⁷² controlar su correcto ejercicio. Estas diferencias permiten hacer un paralelismo entre el modo que interactúa la ciencia y la conciencia con

⁹⁶⁹ PASTOR GARCÍA, Luis Miguel, *Cuestiones de antropología y bioética*, Universidad de Murcia, Murcia, 1993, p. 121.

⁹⁷⁰ Cfr. NAVARRO-VALLS, Rafael, *Objeción de conciencia y dignidad de la persona*, entrevista realizada al autor por Inma Álvarez en zenit.org el 24 de febrero de 2011. El texto completo puede consultarse en: <https://www.almudi.org/noticias-articulos-y-opinion/72-la-objecion-de-conciencia-y-la-dignidad-de-la-persona>.

⁹⁷¹ Ibid.

⁹⁷² Cfr. artículo 3º de la LNPA.

la norma de policía. Mientras la primera actúa a modo de frontera para el Estado, justificándose en la garantía de reserva; la segunda resulta un criterio de razonabilidad determinando su validez.

Como es de esperar, la sinceridad del objetor debe probarse por algún medio a fin de evitar que conductas antisociales se equiparen a una sincera objeción. Como se verá a continuación, esta exigencia puede satisfacerse a través de la prestación sustitutoria. No desconocemos que algunos autores hayan criticado esta solución amparándose en la afectación del principio de igualdad. Este tema lo trataremos en el siguiente punto.

K. DIFERENCIAS EN CUANTO AL DEBER DE BRINDAR UNA PRESTACIÓN SUSTITUTORIA

Parecería que una objeción fundada en la conveniencia o la ventaja injustificada no debería ser tutelada por el ordenamiento. Toda objeción que justifique la insumisión a la autoridad a partir del interés egoísta, la conveniencia personal o el capricho es de suyo reprochable y antisocial.

Hemos visto recién que la exteriorización de los motivos que llevan al sujeto a objetar *en ciencia* resulta mandatorio. En cambio, en los casos de objeción de conciencia, la prestación sustituta es fundamental para manifestar exteriormente la honestidad y delicadeza de conciencia del objetor preservando su fuero íntimo. Como la objeción de conciencia habilita a desobedecer un mandato *prima facie* legítimo, la negativa afecta necesariamente el principio de igualdad. Esta circunstancia trae consigo un mayor deber de soportar las cargas que impone su condición, las cuales, si son razonables, deben considerarse legítimas. Además, en la medida que resulte

proporcional al deber eximido, se muestra como un gravamen justo, pues compensa la omisión en garantía de igualdad⁹⁷³.

Por el contrario, en relación con la objeción de ciencia, no parece razonable imponer un sacrificio especial a los profesionales por el cumplimiento del deber, en tanto la norma objetada es *prima facie* ilegítima. En efecto, la objeción ya no tiene una naturaleza de excepción, por lo que el profesional no se encuentra al margen de la norma legítima, sino dentro de sus límites. En la objeción de ciencia resultaría desproporcionado imponer un gravamen por el cumplimiento del deber, siempre que el correcto ejercicio de la medicina y denunciar la mala ciencia se encuentran dentro de las obligaciones profesionales.

Conforme se infiere, la exteriorización de los motivos, su contrastación y el estudio de la sinceridad, corresponde en la objeción de ciencia. Por tanto, no tiene sentido hablar de prestación sustitutoria pues el profesional no debe demostrar con ello la sinceridad de su actuación, sino aplicar lo que considera científicamente probado. Así, exigido el deber de manifestar externamente los motivos del rechazo, la prestación sustitutoria se torna innecesaria.

⁹⁷³ NAVARRO FLORIA sostiene que existe deber de prestación sustitutoria cuando la norma es válida mas no existe deber de prestarla cuando la norma es inválida. Cfr. NAVARRO FLORIA, Juan...

I. DIFERENCIAS SOBRE LA EXIGENCIA DE UN CONOCIMIENTO ACTUALIZADO

Por la naturaleza instrumental de la libertad de actuación médica, el Estado pone en cabeza de los profesionales deberes insoslayables. Estos deberes del ordenamiento deontológico y legal exigen un comportamiento del profesional cuya inconducta es pasible de reproche⁹⁷⁴.

Hemos dicho que poseer conocimientos actualizados sobre la materia técnica, resulta un deber profesional⁹⁷⁵. Distinto es el caso de la objeción de conciencia, la cual no impone este deber. Al contrario, el fenómeno religioso es fomentado por el Estado respetando su legítima autonomía, sin imponer deberes sobre la conciencia o la religión del sujeto. Así, mientras en la objeción de conciencia el incumplimiento de la norma axiológica resulta indiferente para el Estado y sólo pervive en el orden moral del individuo, en la de ciencia existe un interés auténtico de garantizar el ejercicio de la libertad conforme a los principios de la *lex artis*.

m. DIFERENCIAS SOBRE EL DEBER DE DERIVACIÓN DEL PACIENTE

En los casos de objeción de conciencia, el deber de derivación no se halla exento de discusiones ni críticas. Tanto la doctrina como

⁹⁷⁴ A este respecto, recomendamos repasar el Capítulo VII donde se abordan los temas de responsabilidad profesional.

⁹⁷⁵ Cfr. de este trabajo, VII.3.c.ii.

la jurisprudencia se encuentran divididas sobre este punto⁹⁷⁶. Por nuestra parte, coincidimos con RANIERI DE CECHINI y CALDERONE que la exigencia de una derivación en los casos de conciencia supondría hacer violencia sobre el objetor en la medida que lo transforma en cooperador necesario de la conducta objetada⁹⁷⁷. Por el contrario, en los casos de objeción de ciencia, sobre el deber de derivar, corresponderá distinguir entre:

1. solicitudes inadecuadas por carecer de evidencia científica o contrariar la finalidad terapéutica y
2. terapias adecuadas disentidas por el profesional.

Para los primeros supuestos, la objeción no trae consigo la exigencia de derivación. En casos de pseudociencia o ejercicio de la

⁹⁷⁶ Aunque no sea posible hacer una generalización para todos los casos de ODC sanitaria, dejamos a continuación algunos trabajos que manifiestan las distintas posiciones. En contra del deber de derivación: RANIERI DE CECHINI, Deborah y CALDERONE, Sofía, “La objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el aborto legal en Argentina”, *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas* 12 (2022); DE LA RIVA, Ignacio..., p. 71; LAFFERRIERE, Nicolás y TOLLER, Fernando María, “Análisis preliminar del dictamen de las Comisiones en favor de la legalización del aborto” disponible en <https://centrodebioetica.org/analisis-preliminar-del-dictamen-de-las-comisiones-en-favor-de-la-legalizacion-del-aborto/> el 2 de enero de 2023, entre muchos otros. A favor del deber de derivación en cabeza de las instituciones sanitarias: ALEGRE, Marcelo, “¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2013-opresion-a-conciencia-alegre.pdf> el 2 de enero de 2023; ADRIASOLA, Gabriel, “La objeción de conciencia y la interrupción voluntaria del embarazo. ¿Cómo conciliar su ejercicio con los derechos de las usuarias?”, *Rev. Méd. Urug.* 29 (2013); pp. 47-57, entre muchos otros.

⁹⁷⁷ Cfr. RANIERI DE CECHINI, Deborah y CALDERONE, Sofía...

mala medicina, esta exigencia se enfrentaría con el mandato profesional de denunciar estas prácticas e incluso el profesional podría ser facilitador de casos de mala *praxis*. En cambio, para los segundos supuestos la situación es diferente. El profesional no se encuentra frente a una solicitud inadecuada, sino que disiente de la estrategia terapéutica elegida. Esto no significa que un criterio profesional distinto pueda hacer lugar a estos pedidos. En este caso, el deber de derivar de buena fe se vería justificado en el derecho de interconsulta del paciente⁹⁷⁸.

n. DIFERENCIAS EN CUANTO AL CONTROL

Como es cierto que los jueces conocen el Derecho, también lo es que los médicos conocen su ciencia. El ejercicio de la objeción científica debe entenderse como facultad inherente y resultante de la autonomía profesional, dentro de un margen de apreciación técnica. No se trata de una facultad ilimitada sino controlable inicialmente por los órganos técnicos (a través del colegio) y posteriormente por el órgano judicial (a través de la posible acción judicial).

El ejercicio de la objeción de ciencia no puede identificarse sin más como un problema de instancia privada. En primer lugar, la objeción de ciencia es una materia de interés para toda la corporación médica, pues las consecuencias del correcto ejercicio de la medicina y la independencia profesional se proyectan sobre todos sus

⁹⁷⁸ Cfr. artículo 2º inciso g) de la Ley 26.529: "Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud".

miembros⁹⁷⁹. En gran medida, este es el motivo que justifica una intervención del Estado, aunque sea de manera subsidiaria⁹⁸⁰. En segundo lugar, el control técnico de la objeción supone una verificación de calidad de la atención médica que atañe a toda la comunidad, en la medida que impacta sobre servicios esenciales de salud.

Como hemos visto, las normas de creación de los colegios y consejos profesionales encomiendan el contralor de la matrícula de sus afiliados⁹⁸¹. Recordemos que el ordenamiento reconoce la autonomía profesional, tanto para organizar la institución médica como para elegir sus propias autoridades. Esta competencia, corolario del carácter autorregulado de las profesiones liberales, complementa su facultad de auto-normación⁹⁸². Más allá que surge como una derivación necesaria de ambas, el poder disciplinario ha sido recogido expresamente por las normas del arte de curar⁹⁸³.

En el ejercicio del poder de policía profesional, existen conceptos normativos que requieren concreciones de los órganos técnicos. Por ejemplo: la determinación de la evidencia científica disponible,

⁹⁷⁹ Cfr. HERRANZ, Gonzalo, "Objeción de conciencia...", p. 554.

⁹⁸⁰ Cfr. de este trabajo, VI.5.

⁹⁸¹ Cfr. de este trabajo, VI.3.d.

⁹⁸² Ibid.

⁹⁸³ Cfr. artículos 16º del Decreto Ley 327/63 de Salta, 27º de la Ley 4177 de Jujuy, 21º de la Ley 4853 de Córdoba, 26º de la Ley 7674 de La Rioja, 12º inciso 17º y 45º del Decreto Ley 5413/58 de Buenos Aires, 10º y 44º a 52º de Ley X-33 de Chubut, 16º y 18º de la Ley XVII - 1 de Misiones, 18º de la Ley XIV - 0380 - 2004 de San Luis, 39º de la Ley 1380 de Santa Cruz, entre otros.

el juicio sobre la correcta elección de la estrategia terapéutica, la diligencia del profesional en el ámbito de la incertidumbre clínica, entre muchos otros. Estas conclusiones son volcadas en los textos deontológicos y en las normas emitidas por el colegio que luego serán materia de supervisión por sus órganos de control. En la determinación concreta de estos conceptos, la discrecionalidad técnica es vital⁹⁸⁴.

Como intuirá el lector, el control que ejercen estos órganos recae sobre materia esencialmente médica, es decir, aquel núcleo técnico que hace a los fines de la institución y afecta sus valores esenciales⁹⁸⁵. A este respecto, el ámbito de competencia del tribunal se encuentra acotado por la especialidad. En los casos de objeción de ciencia, el tribunal será el encargado de definir si aquella responde a los estándares exigidos por la medicina actual o, en su defecto, configura un ejercicio ilegítimo, un reflejo borroso de ella. Estos tribunales tienen competencia para juzgar el fundamento de la objeción de ciencia, y relativizarla en caso de corresponder; pero en ningún supuesto los tribunales disciplinarios pueden exigir una determinada elección terapéutica al profesional, siempre que exista un mínimo estándar científico.

La actividad que ejercen los tribunales de disciplina, erigidos en el seno de los colegios, puede catalogarse como materialmente jurisdiccional en el marco de un procedimiento eminentemente

⁹⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 133.

⁹⁸⁵ Cfr. de este trabajo, VI.2.b.

técnico y deontológico. Generalmente, las normas de policía profesional establecen recursos directos contra los actos emitidos por los tribunales de disciplina, sin perjuicio de las instancias de revisión en la misma sede administrativa. Así, encontramos —por ejemplo— vías de acceso a los Superiores Tribunales de las provincias⁹⁸⁶ y a las Cámaras de Apelaciones⁹⁸⁷.

Esta competencia resulta ajena en los casos de objeción de conciencia. En general, los colegios de médicos no tienen el poder de controlarla, pero pueden establecer ciertas pautas para garantizar que su interposición no afecte el cuidado de los pacientes. Por ejemplo, en determinados casos pueden exigir que los médicos que se opongan a ciertos procedimientos, orienten a sus pacientes de manera oportuna y brinden información sobre cómo pueden obtener el tratamiento que necesitan. Aunque los colegios pueden establecer ciertas pautas para regular la objeción de conciencia en el contexto sanitario, estrictamente no tienen el poder de negar o restringir este derecho a sus miembros. En lugar de eso, su función es garantizar que los médicos que se oponen a ciertos procedimientos proporcionen una atención adecuada a sus pacientes y, si es necesario,

⁹⁸⁶ Cfr. artículos 34^o de la Ley 4177 de Jujuy, 44^o de la Ley 1380 de Santa Cruz, 31^o inciso c) de la Ley XIV-0380-2004 de San Luis, 461 del Decreto 9114/65 de Salta, 21^o de la Ley 3338 de Río Negro, entre otras.

⁹⁸⁷ Cfr. artículos 32^o del Decreto-Ley 1194 de La Pampa, 50^o del Decreto-Ley 5413/58 de Buenos Aires, 3^o de Decreto-Ley 4652/91 de Catamarca, 29^o de la Ley 4853 de Córdoba, 25^o de la Ley 3950 de Santa Fe, entre otros.

faciliten el acceso a otros profesionales de la salud que no tengan objeciones a realizar el tratamiento o procedimiento en cuestión⁹⁸⁸.

3. OTROS INSTITUTOS JURÍDICOS SIMILARES A LA OBJECCIÓN DE CIENCIA

En el amplio campo de la ciencia jurídica conviven institutos de distinta naturaleza que se relacionan, en mayor o menor medida, con modos de objeción al ordenamiento vigente. Además de la tradicional objeción de conciencia, otras manifestaciones son: la desobediencia civil, la resistencia activa, la pseudo-objeción, la cripto-objeción y la cláusula de ciencia basura.

Como se verá, la objeción de ciencia guarda similitudes con muchos de ellos, aunque mayores son sus diferencias. El parecido de los institutos puede llevarnos erróneamente a equiparar realidades que poseen una esencia distinta, tratándolas como si fueran análogas. A fin de evitar este yerro, y dar mayor claridad a la exposición, abordaremos cada una de ellas, comparándolas con el concepto que proponemos.

a. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA Y LA RESISTENCIA AL ORDEN JURÍDICO

En primer lugar, la objeción de ciencia podría abordarse como una manifestación específica de resistencia al orden jurídico

⁹⁸⁸ Lo mencionado aquí no se encuentra reñido con los recaudos en la derivación en los casos de objeción de conciencia a los que hicimos alusión en XI.2.k.

vigente. Sin ingresar en la discusión sobre la licitud de las conductas de resistencia activa y desobediencia civil, cabe hacer una mención de ellas por su estrecha vinculación con el tema que venimos estudiando. Ambas consisten en un comportamiento material, una actuación humana exterior en contra de una norma jurídica vigente. Sin embargo, se diferencian en cuanto a la finalidad y el modo.

En cuanto a la finalidad, a diferencia de la desobediencia civil y la resistencia activa, la objeción de ciencia no busca el cambio del ordenamiento jurídico. La actuación del profesional que rechaza por razones técnicas una norma no pretende la abolición de un determinado ordenamiento jurídico, ni siquiera de la norma cuestionada. El *telos* de la objeción de ciencia no responde a un móvil político. Al contrario, la finalidad del objetor consiste en cumplir los deberes del cargo y posición profesional, los cuales exigen aplicar la ciencia correcta para el caso concreto.

En cuanto al modo, la objeción de ciencia se distingue más aún de la resistencia activa que de la desobediencia civil. En efecto, el ejercicio de la objeción de ciencia nunca es violenta (característica propia de la resistencia a la ley) sino racional y pacífica. Esta característica permite distinguirla de la resistencia activa, pero no de la desobediencia civil, la cual también se expresa a través de una insubmisión pacífica. Sin embargo, la objeción de ciencia se diferencia de ambos institutos por su carácter individual. Mientras, las manifestaciones de resistencia a la ley (como la activa o la desobediencia civil) son de suyo colectivas, la objeción de ciencia puede ejercerse de manera individual.

Más allá de lo dicho hasta aquí, la objeción de ciencia, a diferencia de la resistencia al ordenamiento en general, importa una actividad racional y proporcional a la urgencia del caso médico. No

sucede así con las formas de resistencia expuestas, pues para estos últimos supuestos, el Estado de Derecho contiene los mecanismos previstos para su propia corrección.

b. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA Y LA PSEUDO-OBJECCIÓN

En segundo lugar, nuestro concepto podría abordarse como una pseudo-objección. En ambos casos, resultan una actuación material consistente en el rechazo por parte del profesional a tratamientos que le son exigidos. Sin embargo, la pseudo-objección se diferencia por la causa.

Como se ha visto, la objección de ciencia se refiere a la negativa de un profesional sanitario a participar en una práctica médica o a proporcionar un tratamiento o procedimiento que va en contra de su criterio profesional. Este tipo de objección debe estar respaldado por motivos técnicos y científicos sólidos. La pseudo-objección ha sido definida como aquella que surge cuando el profesional decide no realizar determinada práctica terapéutica y se escuda tras un sustento falso⁹⁸⁹. Es decir, exterioriza una negativa a participar en una práctica médica que, bajo la apariencia de una objección de ciencia o de conciencia, encubre motivos de índole personal, político o discriminatorio.

⁹⁸⁹ ARISTIZÁBAL FRANCO, Luis Evelio y HERRERA MUÑOZ, Giovanni, *Bioética para el Siglo XXI. Entendiendo el devenir histórico*, Editorial de la Universidad Libre Pereira, Colombia, 2020, p. 57.

Evidentemente, este tipo de objeciones tienen un antecedente de hecho erróneo y en la práctica, encubren una mala medicina. En las condiciones reseñadas, la actitud del profesional se encontraría contrariada con la *lex artis*, generando situaciones embarazosas y dejando sin atención sanitaria al paciente. La doctrina ha dicho que, en este caso, el profesional no ejerce una objeción en sentido estricto, sino que más bien se trataría de una objeción simulada donde se encubriría un deber, con un motivo desconocido para el paciente⁹⁹⁰. En el caso de la objeción de ciencia, sucede exactamente lo opuesto. A diferencia de la pseudo-objeción, la de ciencia se sustenta en un antecedente de hecho auténtico. La corrección en la práctica médica justifica entablar esta objeción y la *lex artis ad hoc* permite contrastar su veracidad.

Asimismo, la finalidad de la objeción de ciencia no puede ser más distinta. Mientras la primera busca realizar una práctica médica auténtica y correcta, ajustada a la evidencia científica vigente, la segunda encubre modos anormales de ejecución de la prestación médica. Asimismo, mientras la objeción de ciencia busca aplicar con corrección el valor científico, la pseudo-objeción corrompe la relación comparativa entre la *praxis* médica y el caso concreto. Muchas veces la pseudo-objeción encubre al profesional que rechaza un paciente por criterios de conveniencia personal u oportunismo. Nada más

⁹⁹⁰ GRACIA, Diego, "Competencia, capacidad, autonomía", *EIDON* 41 (2014), p. 105.

distante de nuestro concepto que pretende justificar su actuación con fundamento en la discrepancia científica⁹⁹¹.

En resumen, mientras en los casos de objeción de ciencia nos encontramos frente a un acto éticamente respetable cuando está respaldado por motivos científicos fundados, en los de pseudo-objeción existe un rechazo inapropiado a proporcionar atención médica que puede perjudicar a los pacientes.

c. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA Y LA CRIPTO-OBJECCIÓN

En tercer lugar, la objeción de ciencia podría asimilarse a la cripto-objeción. Siguiendo la línea argumental anterior, ambas redundan en una actuación material consistente en la negativa del profesional. Ahora bien, si la pseudo-objeción se distinguía por la causa, esta se distingue por el modo.

La cripto-objeción ha sido definida como aquella que sucede cuando no se conocen los motivos de la oposición⁹⁹². Se trataría de negativas desconocidas o mudas, justificadas en motivos ignotos, no exteriorizados por el profesional. En estos casos, quien objeta no lo hace abierta y expresamente, aunque en su comportamiento pueden identificarse elementos mínimos de una objeción genuina. Por estos motivos, algunos autores se han referido a esta objeción con el

⁹⁹¹ CASASNOVAS, Luis Ciprés, “Ley de Eutanasia y objeción de conciencia”, *Revista Atalaya Médica Tulorense* 20 (2021), pp. 5-6.

⁹⁹² Ídem nota 989.

calificativo de encubierta⁹⁹³. Sin necesidad de ingresar a casos concretos, la cripto-objeción, al no exteriorizar los motivos que llevan a objetar, priva al paciente de información relevante para su estado de salud. Esta última conducta, como hemos visto, se muestra a todas luces incompatible con un correcto ejercicio de la libertad de actuación médica.

A diferencia de ella, la objeción de ciencia exige exteriorizar los motivos que justifican la negativa. Esta última es un acto abierto y honesto, basado en el propio criterio a la luz de la evidencia, mientras que la cripto-objeción es una forma de acción basada en la negativa a participar en una práctica que se considera cuestionable, pero que se lleva a cabo discretamente. Ambas formas de acción pueden tener consecuencias jurídicas y sociales, por tanto, su diferenciación resulta capital.

d. LA OBJECIÓN DE CIENCIA Y LA *JUNK SCIENCE CLAUSE*

En cuarto lugar, la objeción de ciencia podría asimilarse a la cláusula de “ciencia basura” del Derecho estadounidense. Este término hace referencia a ciertas disposiciones legales o regulatorias que prohíben o restringen la presentación de evidencia científica o técnica que se considere poco fiable en procesos judiciales o administrativos. A menudo, estas cláusulas se utilizan para excluir pruebas que no cumplen con criterios de rigor científico o que se consideran sesgadas o contaminadas. Algunos ejemplos de estos criterios

⁹⁹³ GRACIA, Diego, “Competencia...

incluyen la reproducción de resultados, la calidad de la metodología utilizada y la transparencia en la presentación de los datos.

La cláusula de ciencia basura pretende proteger la integridad de la toma de decisiones basada en evidencia y evitar que se presenten pruebas dudosas o engañosas. En una oportunidad y bajo este prisma, la Corte Suprema de los Estados Unidos excluyó el testimonio de un frenólogo como medio de prueba en el marco de un proceso judicial⁹⁹⁴. En otro momento, el tribunal utilizó la figura de la *junk science* para desestimar el testimonio de un experto el cual proponía que el SIDA podía propagarse por vectores desconocidos⁹⁹⁵.

El tratamiento de esta cláusula ha sido variopinto. Además de garantía de idoneidad en los procesos administrativos y judiciales, la cláusula ha sido incorporada en el año 2013 en el Código de Procedimiento Penal de Texas. Esta incorporación, ha permitido que los condenados impugnen sus condenas si prueban que aquellas se basaron en “ciencia basura”. Entre las exigencias que deben acreditarse se encuentran:

⁹⁹⁴ “An example of «junk science» that should be excluded under Daubert as too unreliable would be the testimony of a phrenologist who would purport to prove a defendant’s future dangerousness based on the contours of the defendant’s skull”. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT, *General Electric Company v. Robert K. Joiner*, Nº 96–188, 522 US 136 (1997).

⁹⁹⁵ La causa se había suscitado al apartar a un niño con SIDA de un jardín de infantes por temor al contagio de otros. Cfr. US COURT OF APPEALS FOR THE SEVENTH CIRCUIT, *Charles H. Sanderson v. Culligan International Company*, 415 F.3d 620 (7th Cir. 2005).

1. aportar pruebas científicas actuales y relevantes que no se encontraban disponibles al momento de la condena o contradicen la evidencia en la que se basa el juicio y
2. acreditar que, de haberse encontrado esas pruebas, el prisionero no habría sido declarado culpable⁹⁹⁶.

Al igual que la “cláusula de ciencia basura”, la objeción de ciencia permite rechazar normas dictadas por la autoridad, a partir de razones científicas serias. El médico se ampara en los enunciados de su *lex artis* para contradecir una norma de alcance general (ley, reglamento, etc.), una norma de alcance particular (acto administrativo, sentencia, etc.) o un pedido de un paciente.

Además de las diferencias que se dan en el sujeto alcanzado por las cláusulas —el profesional, por un lado, y la parte del proceso o condenado, por el otro—, la objeción de ciencia requiere de una razón científica actual. Tal como ha sido concebida en la ley de

⁹⁹⁶ El texto original reza: “Art. 11.073. Procedure related to certain scientific evidence. (a) This article applies to relevant scientific evidence that: (1) was not available to be offered by a convicted person at the convicted person’s trial; or (2) contradicts scientific evidence relied on by the state at trial. (b) A court may grant a convicted person relief on an application for a writ of habeas corpus if: (1) the convicted person files an application, in the manner provided by Article 11.07, 11.071, or 11.072, containing specific facts indicating that: (A) relevant scientific evidence is currently available and was not available at the time of the convicted person’s trial because the evidence was not ascertainable through the exercise of reasonable diligence by the convicted person before the date of or during the convicted person’s trial; and (B) the scientific evidence would be admissible under the Texas Rules of Evidence at a trial held on the date of the application; and (2) the court makes the findings described by Subdivisions (1)(A) and (B) and also finds that, had the scientific evidence been presented at trial, on the preponderance of the evidence the person would not have been convicted...”

Texas, mientras la *junk science clause* se ampara en evidencia científica que surge con posterioridad, la objeción de ciencia exige una prueba contemporánea a la realización del acto médico. Asimismo, la eficacia y legitimidad de la cláusula de ciencia basura se encuentra supeditada a autorización previa de la autoridad, que analiza la prueba aportada contrastándola con la evidencia científica. Por el contrario, la objeción de ciencia implica el rechazo *ex ante* por el profesional sin intervención de la autoridad, sujeta eventualmente a un control posterior.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBJECCIÓN DE CIENCIA

Cuando el convencional, constituyente o legislador reconoce facultades a los individuos en general, o a determinado grupo en particular, no lo hace como una mera manifestación de voluntad, sino que, a través de ellas, asume un compromiso para operativizar —por sí o por terceros— esos derechos. Como dice ASIAIN,

el ordenamiento jurídico no se limita a la simple proclamación de estas libertades sino que además idea, mandata a los poderes públicos a la creación de los medios de tutela hábiles y necesarios para la protección y goce efectivo de estas libertades, herramientas jurídicas sin las cuales aquella proclamación genérica de libertades quedaría estéril, ya que de nada valen las proclamaciones de derechos si no se las completa con los mecanismos de tutela suficientes para que se hagan efectivos.⁹⁹⁷

⁹⁹⁷ ASIAIN, Carmen, “Comentarios al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia y de ideario”, *Revista de Derecho* 22 (2013), p. 12.

a. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA COMO DERECHO DERIVADO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

Hemos dicho en la primera parte de este trabajo que la libertad de actuación médica es catalogada como un derecho, esto es: una situación jurídica activa que se incorpora al patrimonio del profesional y es exigible frente a terceros⁹⁹⁸. También sostuvimos que, en su dimensión objetiva, la libertad de actuación médica constituye un elemento cardinal del Estado de Derecho Constitucional⁹⁹⁹. Además, afirmamos que su contenido esencial consiste en la facultad del profesional en la relación sanitaria de elegir el tratamiento más adecuado, conforme al estado de la ciencia para la curación o mejoría del paciente, exento de intervenciones externas, que le impone el deber de independencia de criterio.

El lector recordará que, entre los elementos que componen su contenido esencial, hemos aplazado *ex professo* lo referente a las facultades y poderes que ostenta el titular, en caso de incumplimiento del sujeto pasivo¹⁰⁰⁰. Como recordábamos con ASIAIN, es lógico sostener que el profesional requerirá una facultad para obrar conforme a su conocimiento, en toda circunstancia. Siguiendo al juez DOUGLAS, aunque no se extraiga explícitamente del texto, de la zona de penumbra que existe alrededor del derecho de la libertad de actuación médica emana un derecho periférico, una garantía que ayuda a darle

⁹⁹⁸ Cfr. de este trabajo, II.2.b.

⁹⁹⁹ Cfr. de este trabajo, II.5.b.

¹⁰⁰⁰ Cfr. de este trabajo, II.6.f.

vida y sustancia¹⁰⁰¹. Esta facultad que integra el contenido esencial del derecho y garantiza al profesional una opinión libre e independiente es la objeción de ciencia. Es el elemento que brinda al profesional, de modo inmediato, un recurso para hacer efectivo el derecho vulnerado. De la misma manera que no es posible hablar de un derecho a la libre actuación sin uno previo que proteja el trabajo, tampoco puede sostenerse una objeción de ciencia sin una libertad de actuación médica que garantizar.

Si el ordenamiento jurídico reconoce el derecho de los profesionales a llevar a cabo juicios técnicos como parte de la libertad profesional, la actuación conforme a ellos resultará su corolario. En esta línea, la objeción sintetiza la libertad de actuación médica de modo práctico y efectivo en caso de encontrarse en riesgo. En otras palabras, la libertad de actuación médica requiere de una estructura sólida que permita poner en marcha procesos jurisdiccionales de tutela, de protección, de defensa. Esta estructura es la objeción de ciencia.

b. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA COMO DERECHO HUMANO

Como toda institución jurídica novedosa, la objeción de ciencia se va explicitando ante desafíos concretos. A causa de esta novedad, actualmente su naturaleza jurídica se encuentra en discusión. Algunos autores como DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN se inclinan por

¹⁰⁰¹ Cfr. sobre derechos periféricos y zona de penumbra de derechos enumerados, el voto del juez DOUGLAS en la causa *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

considerarla una garantía derivada de la libertad de ejercicio profesional¹⁰⁰². Otros, como CALANDRIA, afirman que se trataría de un derecho-deber¹⁰⁰³. Finalmente, están quienes abogan por considerarla un derecho¹⁰⁰⁴ e incluso un derecho fundamental derivado¹⁰⁰⁵. Por los argumentos que a continuación se expondrán, consideramos que esta última posición resulta la más acertada.

Hemos dicho en la primera parte de esta investigación que la libertad de actuación médica tiene un reconocimiento expreso e implícito en distintos ordenamientos nacionales e internacionales, y muestra un profuso tratamiento en la deontología, la doctrina y la jurisprudencia¹⁰⁰⁶. Además, por encontrarse arraigada directamente

¹⁰⁰² Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, "Objeción de conciencia positiva...", p. 11.

¹⁰⁰³ En este sentido, CALANDRIA ha dicho que "[e]n la República Argentina existe el derecho y el deber a la objeción de ciencia y conciencia" CALANDRIA, Luis María, "El aborto en el régimen jurídico argentino", *El Derecho - Diario*, Tomo 281, 25-02-2019, cita online ED-DCCLXXVII-677.

¹⁰⁰⁴ JUVENAL, Javier..., p. 217-218; REBECA KARINA..., p. 334; MONTANO, Pedro, "La objeción de conciencia como causa de justificación", *Revista de Derecho (UCUDAL)* 13 (2017), p. 118-119; Versión taquigráfica de la intervención de NAVARRO FLORIA, Juan en la Comisión de Legislación penal del Congreso Nacional argentino del 17 de abril de 2018 disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/clpenal/reuniones/vt/vtcom.html?id=3670>.

¹⁰⁰⁵ ABELLÁN GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando, *Manual Bioético-legal...*, p. 64.

¹⁰⁰⁶ Cfr. de este trabajo, II.4.

en la dignidad de la persona (de manera general y particular), debe entenderse como un derecho humano fundamental¹⁰⁰⁷.

Por resultar un elemento del contenido esencial del derecho a la libertad de actuación médica¹⁰⁰⁸, la objeción de ciencia debe entenderse como un derecho derivado de ella. Más allá de su concreto reconocimiento, esta facultad es corolario de la libertad de actuación médica (manifestación específica de la libertad profesional) que refleja un modo particular de ejercicio de esta libertad en circunstancias de conflicto.

Por otro lado, en la medida que la libertad de actuación es un derecho humano que protege la independencia profesional y la capacidad de tomar decisiones, la objeción de ciencia —parte integrante— necesariamente debe seguir esa naturaleza. Los elementos que componen este derecho y permiten visibilizar con mayor claridad su estructura iusfundamental serán abordados en el Capítulo siguiente.

No descartamos el aporte de CALANDRIA sobre la dimensión de deber que adopta la objeción de ciencia, en la medida que la actuación conforme a la evidencia científica y apartado de posiciones dogmáticas configura una obligación de los profesionales en beneficio del paciente. Esta posición es coherente con los postulados de nuestra tesis pues, como se ha visto, la objeción de ciencia asume la condición de derecho instrumental, vicarial, al servicio del paciente. Bajo esta segunda acepción, puede sostenerse que en determinadas

¹⁰⁰⁷ Cfr. de este trabajo, II.5.a.

¹⁰⁰⁸ Cfr. de este trabajo, II.5.

circunstancias la objeción de ciencia se muestre como un deber; o, dicho de otra manera, que en ciertas ocasiones el profesional tenga el deber de objetar.

c. PROYECCIÓN DE LA OBJECIÓN DE CIENCIA EN LAS DIMENSIONES PERSONAL E INSTITUCIONAL

Como sucede con otros valores y principios del Estado de Derecho Constitucional, tanto el ejercicio de la libertad de actuación médica como la facultad para exigir su cumplimiento, aunque no se encuentren expresamente contemplados en el texto fundamental, se desprenden implícitamente de él.

La objeción de ciencia resguarda una libertad determinada, por tanto, puede y debe ser calificada como un derecho específico. Ella protege la libertad de actuación médica en su doble dimensión. Por un lado, cuida el contenido esencial de un derecho humano fundamental y, por el otro, blinda esta libertad contra intromisiones que pretendan desnaturalizarla. En otras palabras: la objeción de ciencia protege una facultad subjetiva de la misma naturaleza y a la vez —por los motivos que inmediatamente expondremos— constituye una institución esencial del Estado de Derecho Constitucional. En esta segunda acepción, la objeción de ciencia configura un límite para el legislador, prohibiéndole suprimir totalmente esta institución o alterar sus elementos¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁹ Cfr. STC 26/1987 de 27 de febrero.

En cualquier caso, ambas dimensiones de la objeción de ciencia no dejan de ser una peculiar proyección de un único derecho de libertad de actuación médica, que fundamenta el instituto que proponemos.

5. LA OBJECCIÓN DE CIENCIA COMO INSTITUCIÓN PROPIA DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

La aparición de la objeción de ciencia en esta etapa de la historia del Derecho no es casual. De hecho, podemos afirmar que ella es hija del Estado de Derecho Constitucional, pues su *modus essendi* encastra perfectamente con las exigencias de este nuevo modo de entender el poder.

Hemos dicho en la primera parte de este trabajo que la libertad de actuación médica en su dimensión objetiva es un elemento fundamental del Estado de Derecho Constitucional¹⁰¹⁰. En esta inteligencia, la facultad que la protege y promueve, garantiza su vigencia y forma parte de su contenido esencial, también resultará un elemento fundamental en este modelo de Estado.

A continuación, desarrollaremos cómo este novedoso concepto se manifiesta en el Estado de Derecho Constitucional. A la luz de estas consideraciones, el lector advertirá la relevancia que asume en el contexto actual y cómo las funciones de protección de la libertad de actuación médica, la vida y la salud del paciente, son

¹⁰¹⁰ Cfr. de este trabajo, II.5.b.

trascendidas para salvaguardar los valores más fundamentales que se encuentran presentes en este modelo de Estado.

Para dar un orden a la exposición, abordaremos las notas más salientes de este nuevo modelo de Estado, a partir de la doctrina expuesta por SANTIAGO¹⁰¹¹, puntualizando los aspectos en los que la objeción de ciencia tiene particular impacto. Entre ellas, el autor remarca elementos propios del Estado de Derecho, otros de tenor constitucional y convencional, caracteres del orden social y democrático, así como principios de orden social, pluralista, personalista y políticamente subsidiario.

a. EXIGENCIAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En primer lugar, la objeción de ciencia destierra del funcionamiento del Estado, de los órganos de gobierno, de la Administración Pública y de las organizaciones sociales, las decisiones libradas al capricho o a la arbitrariedad. En efecto, el derecho-deber que proponemos viene a poner coto a la arbitrariedad, incluso cuando esta última se presenta bajo el ropaje de la legalidad. La objeción permite la rectificación de la conducta indebida, evitando que cualquier capricho de la autoridad se transforme en Derecho. Con criterios

¹⁰¹¹ SANTIAGO, Alfonso, *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, pp. 72-76. Sobre los antecedentes históricos del Estado de Derecho Constitucional, recomendamos cfr. del mismo autor, “El Estado constitucional de Derecho. Una aproximación histórica, constitucional y iusfilosófica”, *La Ley - Suplemento Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales* 878 (2017), cita online TR LALEY AR DOC/3116/2017.

aportados por la más sobria evidencia científica, evita que la decisión de las instituciones públicas se contamine con estándares pseudocientíficos carentes de sustento experimental. Asimismo, evita que la ley se identifique como la única fuente de Derecho, fenómeno que ha sido reprobado por los postulados del Estado contemporáneo, conforme hemos explicado en la primera parte de este trabajo¹⁰¹².

En segundo lugar, la objeción de ciencia permite que los contenidos normativos sean materialmente realizables. Junto a la juridicidad, la razonabilidad sigue siendo una herramienta fundamental en el Estado de Derecho. Precisamente, la objeción de ciencia impide la actuación irrazonable en nombre de valores y principios más altos—como la verdad científica— los cuales no pueden depender para su ejercicio, del reconocimiento por parte del poder político. Como expresión de una realidad siempre viva, la evidencia es prenda de acierto para hacer efectiva la norma. Una ley que tuviera por fin legislar contra la evidencia científica estaría destinada al fracaso. La objeción de ciencia permite hacer actual la operatividad a la cual está llamada toda norma sanitaria. Este principio exige que la norma no solo sea dictada por autoridad competente y conforme al ordenamiento vigente, sino que los medios propuestos posean la virtualidad de cumplir acabadamente la finalidad. A este respecto, puede

¹⁰¹² Cfr. de este trabajo, VI.2. último párrafo.

sostenerse que la eficacia de la norma no la confiere su autor sino su contenido: *veritas, non autoritas, facit legem*¹⁰¹³.

En tercer lugar, la objeción de ciencia produce que el Estado se subordine al Derecho y reconozca los límites *supra* positivos que están más allá de su ámbito de decisión. La objeción de ciencia supe- dita la validez de la norma a los principios establecidos por la filosofía de la ciencia, la medicina, la deontología y la bioética. Estos principios preexistentes al Derecho y justificados a partir del juicio de la razón práctica, son custodiados por la objeción. Asimismo, esta herramienta permite que el ordenamiento legal no interfiera con la legítima autonomía sistémica del ordenamiento médico. De alguna manera, permite delimitar con claridad y practicidad los ámbitos competenciales, devolviendo a la norma (y al poder estatal) su espacio de autonomía. De la misma manera que corresponde distinguir los ámbitos del César y de Dios para devolverles aquello que les es debido¹⁰¹⁴, también será correcto reconocer a la ciencia la autonomía que en justicia merece. En el mismo sentido, resultan siempre actuales las palabras del Juez COKE, pese a sus tres siglos de antigüedad, que aplicadas a nuestra materia podemos predicar libremente de la

¹⁰¹³ La expresión resulta una adaptación de aquella inserta en la obra de HOBBS. El texto original reza: "*Doctrinae quidem verae esse possunt; sed autoritas non veritas facit legem*". HOBBS, Thomas, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, traducción latina, en SANTI, Raffaella, *Leviatano*, con el texto inglés de 1651 y el texto latino de 1668, Bompiani, Milano 2001, p. 448.

¹⁰¹⁴ Cfr. Biblia Católica, Mt XXII, 21. Reza el texto latino: "*Reddite ergo, quae sunt Caesaris, Caesari et, quae sunt Dei, Deo*".

siguiente manera: *quod autorictas non debet esse sub hominibus, sed sub Deo et scientia*¹⁰¹⁵.

En cuarto lugar, la objeción de ciencia facilita un Derecho racional y previsible, al tiempo que evita virar caprichosa y bruscamente la dirección de la tradición científica. Como hemos dicho, la objeción de ciencia procura una reconciliación entre la ley y la razón práctica. Esta herramienta permite dar continuidad a la tradición legal-racional fundada en el conocimiento científico y no en el capricho o la arbitrariedad. A este respecto, la objeción de ciencia facilita el obrar razonable del Estado ciñéndose a la evidencia que aporta el conocimiento científico fiable y contrastado.

¹⁰¹⁵ La expresión a la que hacemos referencia dice: “*quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege*”. Esta expresión responde a la intervención del Juez Edward Coke en el marco de un caso de jurisdicción eclesiástica en 1608, como respuesta al Rey Jacobo I. En esa ocasión se debatía si el monarca se encontraba sometido a las leyes. El fragmento pertinente de la intervención es el siguiente:

Then the King said, that he thought the Law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: To which it was answered by me, that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent Science and great endowments of nature, but his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concerne the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by naturall reason, but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it; And that the Law was the golden met-wand and measure to try the Causes of the Subjects; and which protected his Majesty in safety and peace: With which the King was greatly offended, and said, that then he should be under the Law, which was Treason to affirm, as he said; To which I said, that Bracton saith, Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege.

MALCOM, Joyce Lee (Ed.), *The Struggle for Sovereignty: Seventeenth-Century English Political Tracts*, Liberty Fund, 1999, Volume 1, p. 19.

En quinto lugar, la objeción de ciencia facilita que se respeten las exigencias de la seguridad jurídica. La incoherencia entre los deberes profesionales y la voluntad del paciente o de la autoridad es subsanada por la objeción. Aquella brinda a los pacientes y al Estado la garantía que el profesional obrará conforme a los lineamientos aportados por la ciencia y su compromiso deontológico¹⁰¹⁶. Asimismo, garantiza la justicia, valor fundamental en el Estado de Derecho Constitucional en el cual se justifica la seguridad jurídica. En efecto, la objeción permite aplicar el tratamiento debido al paciente individual, desentrañando el verdadero contenido de la norma general.

En sexto lugar, la objeción de ciencia facilita que las instituciones más naturales y primarias, como el Colegio Profesional¹⁰¹⁷, prevalezcan frente a los contrapoderes sociales que pretenden desafiarlas. La objeción evita que, en instituciones como la Medicina y el Derecho, intervengan actores sociales que pretenden subvertir la tradición científica y la estabilidad autonómica. En este sentido, el reconocimiento de una herramienta que permita ejercer la medicina con ciencia es la mayor garantía para evitar intromisiones indebidas, incompatibles con su naturaleza.

En séptimo lugar, la objeción de ciencia contribuye a una adecuada relación entre el orden jurídico formal y lo que realmente sucede en la práctica social y política. Aunque parezca contraintuitivo,

¹⁰¹⁶ Vale recordar aquí que, en último término, lo que busca el paciente es que el profesional ejerza su profesión con independencia, sólo guiado por el interés superior de aquél a quien asiste a fin de brindar la mejor terapia posible.

¹⁰¹⁷ Cfr. de este trabajo, VI.3.a. y VI.5.

la objeción refuerza el prestigio y la legitimidad del Estado. El mayor poder coercitivo no se encuentra en el monopolio de la fuerza violenta, física y legítima¹⁰¹⁸, sino en la razonabilidad con que el Estado ejerce sus funciones. Su magnificencia no se demuestra en dominar despóticamente la naturaleza, sino en el aprovechamiento de su fuerza para bien de la comunidad. A través de la libertad de actuación médica su autoridad no se debilita, sino que se refuerza. El libre ejercicio de la medicina solamente resulta peligroso para un Estado que busque tratar a los profesionales como ejecutores suyos y que en su libertad vea un peligro. Un Estado plenamente constitucional, en cambio, ve en la libertad profesional la base de su propia existencia.

En octavo lugar, la objeción de ciencia permite que las violaciones de las normas jurídicas, por demás inevitables, sean sancionadas de modo efectivo, incluso cuando fueran cometidas por los gobernantes u otras personas poderosas. Por un lado, la herramienta que proponemos permite un control posterior suficiente a través de los colegios profesionales y los procesos contenciosos. La actuación profesional queda sujeta a la autoridad colegial y en última instancia al juez. El reconocimiento de la objeción de ciencia trae de suyo el reforzamiento del ámbito de libertad y con ello de responsabilidad profesional. Por otro lado, la violación permite llevar a los estrados del tribunal no solo a los gobernantes por el ejercicio de sus

¹⁰¹⁸ Cfr. WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, 2ª Ed. (10ª reimpresión), p. 1056.

funciones¹⁰¹⁹ sino también a la propia norma irracional portadora del vicio manifiesto.

b. EXIGENCIAS DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

En noveno lugar, la objeción de ciencia permite dar primacía a la norma fundamental. Habitualmente las distintas constituciones dedican dos secciones para el abordaje dogmático y orgánico de los principios fundamentales. Coordinadamente, ambas regulan toda la organización y acción estatal, así como determinadas características de las relaciones de los administrados entre sí. La objeción de ciencia dota de fuerza normativa a la Constitución, particularmente en lo atinente al derecho a la salud, pues permite apartarse del mandato irrazonable y aplicar directamente la norma superior. De este modo, la aplicación inmediata de los preceptos constitucionales hace posible:

1. el resguardo de la vida en general¹⁰²⁰ y frente al abuso de la autoridad en particular¹⁰²¹,
2. la defensa de la salud¹⁰²²,

¹⁰¹⁹ Nos preguntamos si no sería posible imputar como conducta delictiva en virtud del 248º del CP a las autoridades que dictan normas flagrantemente inconstitucionales por vicio en la causa.

¹⁰²⁰ Cfr. artículos I de la DUDDH, 3º de la DUDH, 4º de la CADH y 6º del PIDCP.

¹⁰²¹ Cfr. artículo 29º de la CN.

¹⁰²² Cfr. artículos 42º de la CN, XI de la DUDDH, 25º de la DUDH y 12º del PIDESC.

3. la libertad de ejercicio profesional¹⁰²³,
4. el disfrute de los beneficios que aporta el conocimiento científico¹⁰²⁴,
5. la libertad de pensamiento¹⁰²⁵ y
6. la protección contra la investigación no consentida¹⁰²⁶.

De esta manera, se confiere operatividad a la supremacía constitucional y se evita que el profesional quede involucrado en un callejón sin salida por un mandato legal que impida la aplicación racional de la norma fundamental.

En décimo lugar, la objeción de ciencia ratifica a la Constitución como instrumento jurídico y axiológico principal para el logro de los objetivos del Estado de Derecho. A diferencia de los postulados del antiguo positivismo legalista, el actual Estado de Derecho reconoce que la Constitución no solo es un programa de gobierno, sino que tiene plena fuerza normativa. Como institución contemporánea, la objeción de ciencia confirma a la Constitución como elemento axiológico, jurídico y orientador del Estado. La institución que analizamos se alinea perfectamente a los valores que traza la carta magna. La razonabilidad de los actos de gobierno, el principio de

¹⁰²³ Cfr. artículos 14º de la CN, 23º de la DUDH, 6º y 7º del PIDESC.

¹⁰²⁴ Cfr. artículos XIII de la DUDDH, 27º de la DUDH, 11º y 15º del PIDESC. Asimismo, esto es una obligación deontológica del profesional por el artículo 166º del CE médica de Argentina.

¹⁰²⁵ Cfr. artículo 18º de la DUDH.

¹⁰²⁶ Cfr. artículo 7º del PIDCP.

*favor libertatis*¹⁰²⁷, la interpretación restrictiva de los actos de gravamen, la defensa de la vida como bien fundamental, son algunas manifestaciones de los bienes constitucionales que la objeción de ciencia pretende defender.

En undécimo lugar, la objeción de ciencia permite un control de razonabilidad sobre la legitimidad de los actos públicos y privados. La herramienta propuesta habilita por su propia naturaleza un control de adecuación y necesidad de la norma estatal o el mandato privado y permite controlar con eficiencia el aspecto sustancial del pedido objetado.

C. EXIGENCIAS DEL ORDEN DEMOCRÁTICO

En duodécimo lugar, la objeción de ciencia fomenta la mayor participación de la ciudadanía a través de mecanismos de democracia semidirecta y en la propia gestión pública¹⁰²⁸. Como se ha visto, el rol de los colegios profesionales resulta capital en el despliegue correcto de la ciencia y la profesión médica. Este desenvolvimiento es fundamental para la gestión efectiva de la salud pública, función que ejerce de manera indelegable el Estado. La participación de los profesionales a través de los distintos colegios, al regular y juzgar el

¹⁰²⁷ Cfr. de este trabajo, V.4.

¹⁰²⁸ En este sentido, el art. 6º de la Carta Democrática Interamericana afirma: “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

correcto ejercicio de la libertad de actuación médica no solo reflejan un modo de participación plausible sino el más conveniente para la democracia y la gestión pública, en razón de la eficiencia del servicio y de la materia esencialmente médica.

d. EXIGENCIAS DEL ORDEN SOCIAL

En decimotercer lugar, la objeción de ciencia permite que el Estado intervenga en la actividad social, garantizando un mínimo de condiciones. No sería posible pensar en un desarrollo integral sin una evolución exigente de la ciencia que lo haga posible. De más está decir que la salud es un valor fundamental para generar las condiciones que hagan posible el descubrimiento del talento humano¹⁰²⁹. Asimismo, si la conquista de los derechos civiles y políticos resultó característica del Estado formalista, la lucha por los derechos sociales es una bandera que aparece recurrentemente en el Estado de Derecho Constitucional. Desde el aspecto sustancial, el derecho a la salud, como integrante indiscutido del elenco de los derechos sociales, confirma su pertinencia en el Estado contemporáneo. Desde la eficiencia de la intervención estatal, la objeción de ciencia brinda una

¹⁰²⁹ El art. 12º de la Carta Democrática Interamericana señala que “la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la consolidación de la democracia. Los Estados Miembros de la OEA se comprometen a adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para la creación de empleo productivo, la reducción de la pobreza y la erradicación de la pobreza extrema, teniendo en cuenta las diferentes realidades y condiciones económicas de los países del Hemisferio. Este compromiso común frente a los problemas del desarrollo y la pobreza también destaca la importancia de mantener los equilibrios macroeconómicos y el imperativo de fortalecer la cohesión social y la democracia”.

capilaridad en la ejecución de los cometidos públicos que se muestra por sí misma. Así, a través de la libertad de actuación médica y la facultad que la protege, se consolida un piso mínimo racional e indisponible que garantiza el derecho a la salud a cada persona según su condición.

e. EXIGENCIAS DEL ORDEN CONVENCIONAL

En decimocuarto lugar, la objeción de ciencia se adhiere férricamente al orden convencional como sistema de protección de los derechos humanos. La objeción de ciencia permite la aplicación directa de los preceptos constitucionales y legales conforme ha quedado demostrado. Ahora bien, no solo permite la aplicación directa, sino que se encuentra profundamente vinculada con los valores y principios del orden internacional que reconocen la autodeterminación personal (y con ello profesional) y el énfasis de la libertad. Probablemente, la causa *Estados Unidos v. Karl Brandt y otros* (previamente comentada) resulte por demás ilustrativa, clara y provechosa para dar significación a este punto. Tanto la facultad que permite a los profesionales no ser coaccionados por una ciencia viciada, en favor de intereses ajenos al arte de curar, como los valores que profesa el actual ordenamiento convencional, permiten justificar el apartamiento de la norma irrazonable en beneficio del paciente.

f. EXIGENCIAS DEL ORDEN SOCIAL PLURALISTA

En decimoquinto lugar, la objeción de ciencia hace posible el diálogo con las diversas realidades que conviven en el interior del Estado y facilita que se abra progresivamente a ellas siempre que no

afecten los núcleos esenciales de la dignidad de la persona humana. La herramienta propuesta no busca una unificación mutilante de la realidad médica, sino que es permeable a la discusión científica sólo guiada por los estándares del diálogo racional. Como se ha visto al principio de la exposición, la realidad médica resulta compleja y diversa por varios elementos¹⁰³⁰. Las respuestas a los problemas no siempre se muestran de manera clara y distinta. La conveniencia de un reconocimiento legal y expreso de la objeción de ciencia fomenta en el Estado la apertura al fenómeno científico reconociendo en él un ámbito de opinión profesional.

Asimismo, como el conocimiento avanza a partir de la evolución de los marcos teóricos que componen un determinado paradigma científico, la objeción de ciencia permite supervisar la aparición de estos nuevos supuestos, brindando a los profesionales una herramienta para ejercer la prudencia médica en el caso concreto.

g. EXIGENCIAS DEL ORDEN POLÍTICO SUBSIDIARIO

En decimosexto lugar, una de las exigencias de subsidiariedad es el reconocimiento de las instituciones intermedias y su relevancia en el orden político. Estas instituciones —como se ha visto— son fundamentales para resolver con eficiencia las demandas cada vez más complejas de la sociedad actual¹⁰³¹. Asimismo, son un mecanismo ágil y eficaz para resguardar intereses colectivos. Su

¹⁰³⁰ Cfr de este trabajo I.2.

¹⁰³¹ Cfr. de este trabajo, VI.5.

reconocimiento no puede limitarse a una declaración del poder, sino que debe expresarse a través de actos concretos que permitan el despliegue genuino de su actividad.

La objeción de ciencia reconoce ámbitos propios de autonomía organizativa a la sociedad civil y a los niveles inferiores de gobierno. Como una exigencia propia del carácter autónomo de la profesión médica, la autorregulación aparece inexorablemente¹⁰³². Estas instituciones que se han desarrollado en el Capítulo VI son entidades propias de todo Estado de Derecho Constitucional pues (entre otros motivos) revalorizan la idoneidad técnica y científica por encima de la legal y procedimental. La objeción de ciencia, siendo supervisada por los órganos autorregulados, impide que las comunidades mayores absorban lo que por sí mismas pueden realizar las comunidades menores. Asimismo, la objeción de ciencia revaloriza la diversidad de fuentes del Derecho, sobre todo las no estatistas en tanto da realce a los Códigos deontológicos.

h. EXIGENCIAS DEL ORDEN PERSONALISTA

En decimoséptimo lugar, una de las características más propias del Estado de Derecho Constitucional es la centralidad de la persona humana. La Corte Suprema ha afirmado que

El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico, y, en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor

¹⁰³² Cfr. de este trabajo, I.4.d.

fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.¹⁰³³

El carácter primado de la persona se impone por encima de toda razón de Estado, sistema o proceso social. Esta característica parte de una concepción antropológica que considera a la persona principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales, que reviste un carácter único e irrepetible con una dignidad ontológicamente idéntica a la de los demás miembros del género humano¹⁰³⁴. Desde el comienzo de la exposición hemos mencionado que el paciente domina la escena principal de nuestro trabajo. La objeción de ciencia declama que la persona se sobrepone a cualquier legislación de carácter general incluso pretenciosa de garantizar la salud pública y el bienestar general. La objeción de ciencia parte del supuesto que la persona no puede ser considerada medio de la legislación, sino su destinataria final.

La centralidad de la persona trae consigo la decimoctava consideración que es una consecuencia típica del Estado de Derecho Constitucional: el deber primordial de proteger y garantizar los

¹⁰³³ Ídem, nota 12.

¹⁰³⁴ Cfr. preámbulo de la DUDH: “Considerando 1) que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. La afectación de la dignidad se da cuando se limitan los bienes que perfeccionan al hombre. Los bienes estrictamente humanos son la libertad y la razón. Cuando se quita libertad y poder de pensamiento es cuando hay una afectación a la dignidad”. En este mismo sentido, cfr. artículo 11º de la CADH, preámbulos del PIDESC, del PIDCP y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

derechos humanos. La objeción de ciencia, al exigir una conducta razonable del Estado, reconoce como presupuesto necesario el deber indelegable de garantizar la salud de los ciudadanos a través de medidas efectivas y seguras que hagan posible la compatibilización del interés general con la salud individual.

6. CONCLUSIONES

De la lectura de este capítulo, ha quedado demostrado que la objeción de ciencia:

1. tiene naturaleza de derecho humano, derivado de la libertad de actuación médica, y contempla una dimensión subjetiva y otra objetiva, pudiendo manifestarse como facultad o deber del profesional;
2. presenta similitudes y diferencias con otros institutos jurídicos como la desobediencia civil y resistencia activa, la pseudo-objeción, la cripto-objeción y la cláusula de "ciencia basura";
3. resulta una institución propia del Estado de Derecho Constitucional pues satisface sus exigencias propias, así como las de orden constitucional, democrático, social, convencional, pluralista, subsidiario y personalista; y
4. presenta diferencias sustanciales con la tradicional objeción de conciencia en relación con:
 - a. su fundamento jurídico, pues la objeción de ciencia tiene anclaje en la libertad de actuación médica y la de conciencia en la libertad religiosa e ideológica, aunque ambas tengan origen último en la libertad de conciencia;

- b. su contenido normativo, pues la objeción de ciencia expone un conflicto entre dos normas que indican un deber, mientras que la de conciencia muestra un conflicto entre un deber y una libertad protegida;
- c. su naturaleza jurídica, pues, mientras la objeción de ciencia es un derecho humano derivado de la libertad de actuación médica, la de conciencia ha recibido distintos tratamientos;
- d. los derechos y sujetos protegidos, pues, mientras la objeción de ciencia garantiza la libertad de actuación médica y protege al paciente, la de conciencia pretende garantizar la libertad religiosa e ideológica protegiendo el ámbito de reserva del sujeto objeto;
- e. los bienes humanos básicos protegidos, pues, aunque ambas objeciones garantizan la razonabilidad práctica, la de ciencia protege la vida y la salud mientras la de conciencia, la religiosidad;
- f. la legitimidad del mandato objetado, pues, mientras la objeción de ciencia se enerva contra actos presuntamente ilegítimos, la de conciencia se esboza principalmente contra actos legítimos;
- g. su interpretación, correspondiendo una más benigna en favor de la objeción de ciencia por la existencia de un deber antecedente, la naturaleza del mandato objetado, los intereses en juego y la afectación de derechos de terceros;
- h. los sujetos titulares, siendo privativa del médico en la objeción de ciencia y extensible a auxiliares o personal administrativo en los casos de objeción de conciencia;

- i. la influencia que ejerce la urgencia en cada objeción, pudiendo restringirse la objeción de conciencia en determinados supuestos, mientras que la objeción de conciencia no puede suspenderse ni restringirse;
- j. el deber de exteriorizar los motivos, siendo procedente en los casos de objeción de conciencia y no en los casos de objeción de conciencia;
- k. el deber de brindar una prestación sustitutoria, siendo mandatorio en los casos de objeciones de conciencia frente a mandatos legítimos, e improcedente frente a los casos de objeción de conciencia;
- l. el deber de poseer un conocimiento actualizado, pues en los casos de objeción de conciencia este deber resulta inexcusable, no existiendo uno análogo en los casos de objeción de conciencia;
- m. el deber de derivación, que no corresponde en los casos de objeción de conciencia, mientras que en los de ciencia, cuando lo solicitado es adecuado pero contrario al criterio profesional, procede la derivación de buena fe;
- y
- n. el control posterior, siendo la objeción de conciencia fiscalizable con deferencia por los colegios profesionales y luego por el Poder Judicial, lo cual no sucede en materia de objeción de conciencia.

CAPÍTULO XII

ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO DE LA OBJECCIÓN DE CIENCIA MÉDICA COMO DERECHO HUMANO

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de esta segunda parte, hemos abordado la objeción de ciencia desde una visión externa. Hemos ido rodeándola, mostrando sus distintas facetas y desarrollando varios aspectos que reflejan su modo de ser.

Tras haber estudiado su conceptualización por distintas disciplinas (Capítulo IX), su reconocimiento deontológico, legal y jurisprudencial (Capítulo X) y su naturaleza jurídica (Capítulo XI), vemos necesario delinear con trazos más finos la imagen de este instituto, adentrándonos en su contenido. Así, este último capítulo lo dedicaremos a analizar la sustancia de la objeción de ciencia, tratando cada uno de los elementos que componen su contenido esencial. Recordará el lector que esta objeción es un contenido implícito pero necesario de la libertad de actuación médica, la cual ha sido desarrollada a lo largo de toda la primera parte de esta tesis, y con mayor énfasis en los Capítulos II y VIII de este trabajo. Por este motivo, no debería sorprenderle encontrar abundantes referencias

a otras partes de esta tesis, en donde se trataron los mismos temas, pero desde la perspectiva de la libertad de actuación médica, de la objeción de conciencia, del acto médico u otras.

En esta tarea, volveremos a utilizar el esquema habitual para glosar el contenido esencial del derecho regulado¹⁰³⁵. Identificar los elementos que integran su contenido permitirá reforzar nuestra concepción sobre su naturaleza de derecho humano. Como la base justificatoria del derecho ha quedado demostrada¹⁰³⁶, a lo largo de estas páginas pretendemos responder los últimos interrogantes de nuestra obra:

- §. 26. ¿cuál es la finalidad de la objeción de ciencia?,
- §. 27. ¿quiénes son los sujetos titulares y obligados?,
- §. 28. ¿cuál es el contenido propiamente dicho de la objeción?,
- §. 29. ¿cuáles son sus límites? y
- §. 30. ¿qué deberes tienen los titulares de este derecho?

2. FINALIDAD: LA DEFENSA DE LA VIDA Y LA SALUD

Hemos dicho a lo largo de la exposición, que la objeción de ciencia integra el contenido esencial de la libertad de actuación médica y consiste en la facultad del médico para exigir su cumplimiento. Del desarrollo anterior, el lector fácilmente podrá concluir que la objeción se orienta a garantizar el ejercicio de la actuación médica libre. Sin embargo, además de la protección de esta libertad, en la objeción de ciencia subyace un acto anterior que constituye

¹⁰³⁵ Cfr. de este trabajo, II.6.

¹⁰³⁶ Cfr. Capítulos X y XI de este trabajo.

más propiamente su finalidad¹⁰³⁷. Además de esa finalidad primera e intuitiva, existe una intención precedente que surge de las características propias de la libertad garantizada. Este acto antecedente, más interior y del cual la objeción de conciencia recibe su especificación es la protección de la vida y la salud del paciente.

La protección jurídica de estos bienes puede concretarse de múltiples maneras. Una de ellas se encuentra en relación directa con los bienes tutelados. Desde esta perspectiva y de manera eminente, la vida y la salud pueden garantizarse por dos medios: el primero, directo y absoluto, a partir del reconocimiento de derechos y políticas sociales que brinden acceso a recursos sanitarios; el segundo, indirecto y relativo, a través de la promoción y defensa de aquellos bienes y derechos que facilitan su realización¹⁰³⁸.

Ha quedado demostrado que la libertad de actuación es un bien y un derecho, que adopta una dimensión instrumental al servicio de la vida y la salud¹⁰³⁹. También, sostuvimos que toda la actividad médica se ordena a ellos. Así, identificamos a la vida y a la salud como:

1. bienes que los médicos deben defender¹⁰⁴⁰,

¹⁰³⁷ TOMÁS DE AQUINO sostenía que en todo acto voluntario existe un acto doble. Por un lado, uno interior de la voluntad y otro exterior. El Aquinate enseñaba que cada uno tiene su finalidad propia, pero el interior es propiamente el fin mientras que el objeto de la acción exterior es aquello sobre lo que versa. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I^a-II^ae q. 18 a. 6 co.

¹⁰³⁸ En este mismo sentido, cfr. lo que hemos comentado en II.2.b de este trabajo.

¹⁰³⁹ Cfr. de este trabajo, II.2.a. y II.2.b.

¹⁰⁴⁰ Cfr. Relevancia..., 1.

2. *telos* del ejercicio de la profesión médica¹⁰⁴¹,
3. objeto de protección jurídica a través de la libertad de actuación médica¹⁰⁴²,
4. valores esenciales de la medicina¹⁰⁴³ y
5. elementos fundamentales del Estado de Derecho Constitucional¹⁰⁴⁴.

El carácter vicarial que tiene la libertad de actuación permite al médico garantizar la calidad y eficiencia de la asistencia médica, tanto a nivel personal como institucional¹⁰⁴⁵. Por tanto, en toda defensa de la libertad de actuación médica, se encontrará como razón previa y principal la defensa de la vida y la salud de los pacientes.

No es difícil descubrir que la finalidad de la objeción de ciencia consiste en la protección de esos bienes. Estrictamente, quien objeta

¹⁰⁴¹ Cfr. de este trabajo I.4.a.

¹⁰⁴² Cfr. de este trabajo II.2.a.

¹⁰⁴³ Cfr. de este trabajo, VI.4.c.

¹⁰⁴⁴ Cfr. de este trabajo, XI.4.b.

¹⁰⁴⁵ “El médico cuenta con el llamado derecho a la objeción de ciencia (artículo 33.2 del Código Deontológico) como medio para hacer valer tal disconformidad con la solución planteada por un determinado protocolo asistencial en el caso concreto, dada su condición de garante de la calidad y eficiencia de la asistencia médica que se presta al paciente, tanto a nivel personal como institucional”. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre...”, p. 334. En el mismo sentido, cfr. PÉREZ SARAIVA, Manuel, “Jornadas de formación sobre biosimilares para reumatólogos de todo España”, *Revista del Consejo andaluz de colegios de Médicos* 110 (2015), p. 52.

para ejercer con corrección la ciencia médica, es más defensor de la vida que de la libertad¹⁰⁴⁶.

3. SUJETO TITULAR: EL MÉDICO

En primer lugar, como la libertad de actuación es un bien y un derecho privativo de aquellos que ejercen la medicina, el elemento que permite garantizarla correrá la misma suerte. Más allá que así lo establezca la Ley 17.132, se infiere de nuestro trabajo que el médico es el único sujeto con idoneidad acreditada, poseedor del saber científico y prudencial, para afrontar la complejidad del caso clínico y determinar la terapia más adecuada para el paciente singular. Como el galeno es el sujeto capacitado para ejercer válidamente el acto médico y ostenta la jerarquía técnica¹⁰⁴⁷, sólo a él le corresponde juzgar las circunstancias en las que conviene apartarse de la solicitud irrazonable.

Quedan fuera de la titularidad las personas ajenas al arte de curar y solo puede ser ejercida por médicos en su ámbito de competencia legal. No desconocemos que existan otras objeciones técnicas de profesiones de la salud distintas a la de ciencia médica, como enfermeros o farmacéuticos, dentro de sus ámbitos profesionales. Más aún, este concepto es extensible a otros profesionales en sus

¹⁰⁴⁶ Esta expresión adaptada la hemos tomado de ARISTÓTELES, citado por TOMÁS DE AQUINO en la *Summa Theologica*. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I^a-II^ae q. 18 a. 6 co: “*Et ideo actus humani species formaliter consideratur secundum finem, materialiter autem secundum obiectum exterioris actus. Unde philosophus dicit, in V Ethic., quod ille qui furatur ut committat adulterium, est, per se loquendo, magis adulter quam fur*”.

¹⁰⁴⁷ Cfr. de este trabajo, III.2.b. y XI.2.h.

ámbitos de actuación. Por ejemplo, podría justificarse una objeción de ciencia cuyos titulares resulten arquitectos, abogados, ingenieros¹⁰⁴⁸, etc.

En segundo lugar, y desde el más sobrio pragmatismo, el médico resulta el destinatario directo de la solicitud objetada. En efecto:

1. el antecedente de hecho de toda norma que prescribe un acto médico requiere de la presencia de un facultativo¹⁰⁴⁹,
2. el médico es el principal obligado al cuidado del paciente¹⁰⁵⁰,
3. por la proximidad con el paciente, resulta el evidente receptor de sus demandas¹⁰⁵¹ y
4. como de él depende la elección de la estrategia terapéutica, de su decisión estriberá la suerte de la solicitud.

En tercer lugar, como agente natural en la relación sanitaria¹⁰⁵², se presume que es la persona que se encuentra en mejores

¹⁰⁴⁸ Por un momento, nos detenemos a pensar -solamente a modo de hipótesis- qué desenlace pudo haber tenido el episodio de Chernóbil, si los profesionales que operaban en la planta hubieran objetado las prácticas indicadas por los superiores. Siempre nos ha parecido especialmente ilustrativo el fragmento del libro *Voces de Chernobyl* de ALEXIÉVICH. Allí se reproduce: “¡nadie nos escuchaba! Ni a los científicos, ni a los médicos; la ciencia estaba al servicio de la política; la medicina, atrapada por la política”. Cfr. ALEXIÉVICH, Svetlana, *Voces de Chernobyl*, Titivillus, traducción de SAN VICENTE, Ricardo, 2015, p. 233.

¹⁰⁴⁹ Cfr. de este trabajo, V.3.

¹⁰⁵⁰ Cfr. de este trabajo, I.4.a., II.6.e., IV.2.a. y X.2.a.

¹⁰⁵¹ Cfr. de este trabajo, III.2.b.iv. y IV.1.a.

¹⁰⁵² Cfr. de este trabajo, III.2.b.iv.

condiciones de conocer la ciencia general y las condiciones particulares del paciente, y reconocer qué tratamiento corresponde seguir. Existen otros agentes en la relación sanitaria que colaboran con la actividad médica: enfermeros, administrativos, bioingenieros, químicos, etc. No obstante, a diferencia de ellos, el profesional no es un colaborador de una terapia a cargo de otro, sino el responsable final de la decisión, que tiene una implicación directa en la práctica médica.

De cualquier manera, la objeción de ciencia —como instituto reconocido de manera implícita o explícita en los sistemas legal, deontológico y jurisprudencial— siempre ha sido titularizada en cabeza del médico.

4. SUJETOS OBLIGADOS A RESPETAR SU EJERCICIO

Hemos visto que la libertad de actuación constituye un bien en beneficio del paciente y del Estado. El lector recordará que esta libertad protege al primero con una opinión técnica independiente previniéndolo de conductas nocivas; en cuanto al segundo, al aplicar la norma de policía con las adaptaciones del caso (ora contraindicaciones, ora prevenciones) el profesional le otorga su auténtico contenido¹⁰⁵³.

Es sabido que en esta tarea el profesional puede encontrar resistencia de las autoridades, del grupo familiar y del enfermo. Los motivos pueden radicar en una exacerbación de la autonomía

¹⁰⁵³ ALTISENT TROTTA, Rogelio..., p. 672.

personal del paciente¹⁰⁵⁴, la propia desesperación por el cuadro clínico, la ausencia de información veraz, una deficiente motivación de la norma, etc. El carácter instrumental de la libertad de actuación y el deber impuesto al profesional de garantizar una atención médica de calidad exigen que sea capaz de ejercer libremente su ciencia en toda circunstancia, en beneficio del paciente.

A lo largo del trabajo, hemos expuesto que la objeción de ciencia aparece como:

1. institución propia del Estado de Derecho Constitucional¹⁰⁵⁵,
2. facultad inherente al ejercicio de la medicina¹⁰⁵⁶,
3. deber del profesional en beneficio del paciente¹⁰⁵⁷,
4. principio consustancial a la profesión liberal¹⁰⁵⁸ y
5. elemento integrante de un derecho humano¹⁰⁵⁹.

En la medida que el ejercicio de la objeción de ciencia contribuye al pleno desarrollo del Estado de Derecho, debe poder ejercerse en todo momento. A este respecto, resulta indiferente si la solicitud contraria a la libertad profesional proviene de una autoridad

¹⁰⁵⁴ Cfr. ALARCOS MARTÍNEZ, Francisco José, "Aproximación a la objeción de conciencia", en id (Dir.), *Objeción de conciencia y sanidad*, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 12-15.

¹⁰⁵⁵ Cfr. de este trabajo, XI.5.

¹⁰⁵⁶ Cfr. de este trabajo, X.2.

¹⁰⁵⁷ Cfr. de este trabajo, XI.4.b.

¹⁰⁵⁸ Cfr. de este trabajo, XI.4.a.

¹⁰⁵⁹ Cfr. de este trabajo, XI.4.b.

constituida (convencional, constituyente, legislador, administrador, juez), de un superior jerárquico o del paciente. Más aún, en tanto la objeción de conciencia tiene naturaleza de derecho humano, su defensa y promoción compete no sólo el Estado, sino a todos los actores de la comunidad. A continuación, desarrollaremos en particular los distintos sujetos obligados.

a. LOS PACIENTES

Entre los derechos de los pacientes encontramos la facultad de rechazar los tratamientos propuestos por el profesional con las limitaciones que impone la ley. El ámbito por antonomasia donde el paciente participa de la estrategia terapéutica y expresa su decisión es el consentimiento informado. Como hemos repasado en el Capítulo IV, este derecho no contempla la facultad de exigir que un determinado tratamiento sea practicado sin el consentimiento formado del profesional.

Vale aquí destacar que el *consentimiento informado* del paciente es renunciable en la medida que el enfermo puede diferir la elección de un tratamiento a otras personas o al profesional. Por el contrario, el *consentimiento formado* del médico es irrenunciable pues se justifica en la protección del paciente como destinatario final de la práctica médica. Por su carácter irrenunciable, el profesional no puede realizar concesiones con los enfermos, fuera de las instrucciones que le impone el correcto ejercicio de la práctica médica.

Como el paciente debe respetar la decisión terapéutica del médico, en caso de mostrar desacuerdo con la estrategia elegida, puede suspender el tratamiento con su profesional y consultar uno distinto ejerciendo su derecho a la interconsulta.

b. LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Como una manifestación del poder de policía del Estado, en el Capítulo V encontrábamos la imposición de deberes en sentido estricto. Asimismo, veíamos cómo ese mecanismo de actuación debía subordinarse a las reglas de idoneidad técnica y a la elección del profesional de la terapia más apropiada¹⁰⁶⁰.

Por otra parte, hemos dejado expuestos los peligros de un poder estatal que desconozca la libertad de actuación médica. Dijimos que una conducta de las autoridades públicas que rechazara esta libertad significaría habilitar la arbitrariedad en la sentencia, la irregularidad en el acto administrativo y la irrazonabilidad en la ley¹⁰⁶¹. Estos riesgos pueden prevenirse de manera ejemplar, reconociendo la objeción de ciencia como derecho en cabeza de los profesionales, y respetando y haciendo respetar el contenido esencial de la libertad de actuación.

Desde la perspectiva institucional, también está justificado que las autoridades públicas sean sujetos obligados a respetar el ejercicio de la objeción de ciencia. Como consecuencia de la dimensión objetiva de la libertad de actuación, las autoridades tienen el compromiso de velar por que su contenido no se vea desfigurado. Así visto, la objeción de ciencia puede interpretarse como una garantía de no intervención. Desde una dimensión más pragmática, despreciar la objeción de ciencia, contraría el correcto despliegue de los poderes públicos, en la medida que su desconocimiento tornaría imposible:

¹⁰⁶⁰ Cfr. de este trabajo, V.4.d.

¹⁰⁶¹ Cfr. de este trabajo, VIII.3.d.

1. cumplir acabadamente la finalidad de la norma de política, pues la objeción de ciencia le confiere su verdadero sentido según las circunstancias del paciente;
2. realizar una tarea de adecuación técnica continua de la norma para cada paciente, evitando la irrazonabilidad por vicio en la idoneidad; y
3. gobernar sin afectar necesariamente el contenido esencial de un derecho humano.

c. LAS AUTORIDADES PRIVADAS: LEGOS Y TÉCNICOS

En muchas ocasiones, el profesional se encuentra bajo normas privadas que condicionan su labor. Basta pensar en las relaciones que se entablan en una clínica entre el personal sanitario y otros profesionales o con miembros del *staff* no médico (como administradores, responsables de recursos humanos, miembros de Directorio, etc.). Los superiores del médico, legos o técnicos, ¿se encuentra obligados a respetar el ejercicio de su objeción de ciencia? Como se verá, la objeción de ciencia no puede verse restringida por solicitudes de las autoridades de una institución de salud.

En primer lugar, y como ya hemos tenido oportunidad de sostener¹⁰⁶², ninguna disposición contractual que no se encuentre justificada en el actuar científico, puede limitar el correcto ejercicio de la libertad de actuación médica. De esta manera, todo superior no médico (financista, propietario, accionista, administrador, etc.) debe respetar la objeción de ciencia del médico, en la medida que esta

¹⁰⁶² Cfr. de este trabajo, X.2.e., en particular nota 872.

exterioriza un determinado criterio profesional, sobre el que los superiores legos no poseen competencia disciplinaria.

En segundo lugar, y en relación con los superiores técnicos, también deben respetar el ejercicio de la objeción de ciencia de los inferiores. Por una parte, la proximidad del paciente y el conocimiento particular del médico sobre el caso clínico, vedan el acceso a aquellos que no participan de la relación médico-paciente. Por otra parte, la responsabilidad subjetiva a la cual se encuentran sujetos los profesionales de la salud (disciplinaria, civil, penal o administrativa), exige que el criterio médico independiente sea el que prime en cada caso. Nada obsta que los superiores técnicos elaboren protocolos de actuación en donde decanten buenas prácticas, y gocen de prestigio entre los colegas inferiores. Sin embargo, como se ha sostenido¹⁰⁶³, estos protocolos de actuación son guías flexibles, perfectamente compatibles con el ejercicio de la objeción de ciencia, cuando las circunstancias del paciente lo requieren.

5. EL CONTENIDO PROPIAMENTE DICHO

Entendemos por objeto, el efecto determinado que directa e inmediatamente produce la objeción del médico. Estrictamente, la objeción de ciencia consiste en la facultad de rechazar —de manera voluntaria y pacífica— órdenes y prohibiciones dispuestas por el ordenamiento, que impongan actos médicos propios e impropios —determinados, de opción alternativa e indeterminados— en contra del criterio profesional, cuando de dicha inobservancia se produjere un perjuicio directo al objetor. Este rechazo puede manifestarse a

¹⁰⁶³ Cfr. de este trabajo, III.2.c.ii.

través de acciones positivas y negativas, y dirigirse contra actos de autoridades públicas o de privados.

a. RECHAZO VOLUNTARIO Y PACÍFICO

En primer lugar, la objeción de ciencia se concreta en una facultad de resistencia frente a un pedido terapéuticamente irrazonable. Como resulta evidente, en los casos que el profesional no rechazare la solicitud, no se trataría de una objeción de ciencia sino el ejercicio regular del derecho a la libertad de actuación médica.

En esto radica la diferencia principal entre el ejercicio libre de la actuación médica y la objeción: la existencia de un deber antecedente que exige obrar en contrario al criterio profesional. Lo que señala la presencia de la objeción es la vinculación positiva entre la práctica objetada y su exigencia legal. En aquellos casos donde no existe un deber de obrar que pretende imponerse coactivamente contra el criterio médico, nos encontraremos frente a una actuación médica libre, pero no frente a una objeción.

Ahora bien, este rechazo debe ser voluntario, pues el ejercicio de la objeción de ciencia invariablemente está precedido por un juicio de la razón práctica¹⁰⁶⁴. Dicho de otra manera, la decisión clínica siempre se da en el ámbito de discrecionalidad médica, la cual exige de suyo, un juicio del intelecto. Como sabiamente decía HERRANZ,

[l]a conquista probablemente más significativa de la Ética moderna de las profesiones sanitarias ha consistido en convertir a pacientes, médicos, enfermeras y farmacéuticos en agentes

¹⁰⁶⁴ Cfr. de este trabajo, XI.2.a. y XI.2.e.

morales conscientes, libres y responsables. Y lo más propio de un agente moral es hacer las cosas a conciencia, esto es, con conocimiento y libertad, con competencia y deliberación, de acuerdo con ciertos principios racionalmente fundados y profundamente sentidos.¹⁰⁶⁵

De tal manera, los actos reflejos, que pueden ser considerados por el Derecho como simples hechos jurídicos, no revisten la calidad de una objeción de ciencia, aunque pudieran producir, al final, los mismos efectos. Por ejemplo, en el caso de un galeno que rechazara un procedimiento médico por ligereza, pero que luego considerase que su omisión fue correcta, estrictamente no constituiría una objeción de ciencia.

Por otro lado, el rechazo debe ser pacífico, pues —como hemos expuesto— el ejercicio de la objeción se encuentra reñido con otros institutos, como la resistencia activa¹⁰⁶⁶, ya que la convivencia pacífica es una condición a preservar en el actual Estado de Derecho Constitucional. Además, el ejercicio de la objeción de ciencia a través de la violencia pareciera contradecir la misma idea de un ejercicio legítimo.

b. CONTRA DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Aunque se infiere, estas órdenes y prohibiciones deben encontrarse tuteladas por el ordenamiento jurídico. En efecto, una

¹⁰⁶⁵ HERRANZ, Gonzalo, “Objeción de conciencia...”, p. 545.

¹⁰⁶⁶ Cfr. de este trabajo, XI.3.a.

solicitud emanada por una persona que no tiene competencia para exigir un determinado comportamiento no tendrá efecto jurídico alguno. En cambio, la objeción de conciencia debe invocarse cuando el pedido del paciente o de la autoridad se encuentre amparado en alguna norma de fuente pública (constitución, ley, acto administrativo, sentencia) o privada (contrato u otro acto jurídico)¹⁰⁶⁷.

Por otra parte, cabe realizarnos el mismo planteo sobre la objeción de conciencia, que DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN hacía sobre la de conciencia: ¿puede el objetor, no ya abstenerse por razones técnicas a llevar a cabo una conducta que le viene impuesta, sino al contrario, realizar lo que el ordenamiento prohíbe?¹⁰⁶⁸

Al igual que en los casos de objeción de conciencia, consideramos que la respuesta es afirmativa¹⁰⁶⁹. Garantizar la integridad moral o científica del médico, justifica apartarse de la solicitud terapéuticamente irrazonable y proteger al profesional. En la medida en que las objeciones de conciencia positiva o negativa buscan asegurar la corrección científica, serán igualmente dignas de protección, pues se justifican en una misma libertad de actuación. Por otro lado, el

¹⁰⁶⁷ En su definición de ODC, CAÑAMARES ARRIBAS enfatiza la fuente de la cual puede emanar la obligación objetable. Sostiene el autor que la ODC es invocable: “cuando las convicciones personales –religiosas o ideológicas– rechazan el cumplimiento de obligaciones de índole general procedentes de la ley o de un contrato”. CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia”, *Revista de Derecho Público* 46 (2014), p. 37.

¹⁰⁶⁸ Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Objeción de conciencia positiva...”, p. 12.

¹⁰⁶⁹ Resultan muy valiosos los aportes de SEOANE RODRÍGUEZ sobre la licitud de la objeción de conciencia positiva. Cfr. SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, “Objeción de conciencia positiva”, *Revista de Bioética y Derecho* 32 (2014).

ordenamiento exige al médico diligencia en una doble dimensión: le requiere abstenerse de conductas contrarias a la evidencia y el rigor técnico, y le exige activamente ejercer una medicina científica. El ordenamiento demanda un comportamiento profesional consistente en prohibiciones y deberes positivos relacionados con la preservación de los valores médicos. Ambas objeciones son corolario de una misma libertad de actuación que espera del profesional un comportamiento diferente al propuesto por la norma o el paciente.

Asimismo, la libertad de actuación debe ejercerse de manera que permita rechazar aquello que se muestra como contrario al criterio profesional, con independencia de su forma. En otras palabras, la objeción de ciencia permite al médico desprenderse de aquello que obstruye la propia dinámica profesional. El correcto y pleno ejercicio de la libertad de actuación, requiere una facultad que garantice al médico poder elegir en todo momento. El médico, que se sitúa en una posición de garante frente al paciente, tiene el deber de obrar el principio de beneficencia. Este ejercicio le significará en algunas circunstancias realizar una acción positiva o negativa contra lo ordenado.

c. CONSISTENTE EN ACTOS MÉDICOS PROPIOS E IMPROPIOS

Hemos mencionado que la libertad de actuación puede verse afectada por tres vicios: ausencia de finalidad terapéutica, falta de evidencia científica o restricción de la elección discrecional¹⁰⁷⁰. Mientras en el primero hay una clara afectación a la finalidad, en el segundo queda afectada la adecuación y, en el tercero, el contenido

¹⁰⁷⁰ Cfr. de este trabajo, IV.4 y V.5.

esencial. De estas tres categorías, encontramos dos especies de actos sobre los cuales puede interponerse la objeción: los no médicos o impropios (primer y segundo supuesto) y los médicos o propios (tercer supuesto).

El acto médico impropio se expresa a través de un acto con apariencia de legitimidad, pero que carece de alguno de sus elementos esenciales. En estos casos, el médico se encuentra frente a un acto cuyo sujeto, objeto, causa o finalidad están viciados. Cuando proceden de la autoridad o del mismo paciente, el médico no está obligado a acceder a estos pedidos, pues se encuentran fuera de su competencia. Más aún, actos de esta naturaleza constituyen ilícitos que deben ser denunciados.

Con toda seguridad podemos afirmar que los actos impropios son aquellos para los cuales el profesional no ha sido formado. En algunas ocasiones, estos actos son flagrantemente inadecuados por no satisfacer los estándares de la medicina basada en evidencia o contrariar la finalidad terapéutica. Si procedieran de una autoridad, serían manifiestamente arbitrarios. Actos de esta naturaleza se encuentran vedados en nuestro Estado de Derecho y desencadenan consecuencias insalvables. Por ejemplo, COMADIRA¹⁰⁷¹ explica que, en materia administrativa, el vicio notorio:

1. extingue el deber de obediencia,

¹⁰⁷¹ Cfr. COMADIRA, Julio Pablo, *Presunción de legitimidad, ejecutoriedad y suspensión judicial de los efectos del acto administrativo. Un intento de aproximación equilibrada entre los caracteres esenciales del acto administrativo y la tutela judicial efectiva. La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo como nulidad atípica o impropia*, Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho, Buenos Aires, 2020, pp. 81, 95 y 132.

2. faculta al juez a declarar la invalidez de oficio,
3. invierte la carga de la prueba de legitimidad del acto y
4. diluye la garantía del particular.

Peor aún, si el profesional obedeciera la norma irrazonable, podría afirmarse que aquél conocía el vicio, lo cual significaría que hubo obrado de mala fe. En estos casos, conforme los estándares de nuestro máximo tribunal¹⁰⁷², el profesional se encontraría frente a actos presuntamente ilegítimos que no obligan en obediencia. De una manera similar, esta razonabilidad se proyecta sobre otras parcelas del Poder, dando lugar a otros instrumentos específicos contra al accionar ilegítimo¹⁰⁷³.

¿Qué sucede con los actos médicos que cumplen con sus elementos esenciales pero el criterio profesional es distinto? Es decir, ¿qué sucede con actos para los que el médico se formó, pero no comparte *aquí y ahora* el criterio? Recordará el lector que el profesional tiene a su cargo la dirección del tratamiento. Él ostenta la jerarquía y soberanía técnica para la ejecución del acto médico. Como desarrollamos en el Capítulo II, la libertad de elección entre los tratamientos disponibles integra el contenido esencial de la libertad de actuación. Aunque la evidencia científica sea necesaria para juzgar la conveniencia de un tratamiento, esta operación debe completarse con la facultad de elección discrecional, reducto indisponible donde ni la autoridad ni el paciente pueden intervenir. Por tanto, la

¹⁰⁷² Cfr. CSJN, *Barraco Aguirre, Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Ordinario*, Fallos 302:1503, 1980, considerando 7.

¹⁰⁷³ Por ejemplo, en el caso de una norma judicial, a través del recurso de arbitrariedad de sentencia. Cfr. CARRIÓ, Genaro R. y CARRIÓ, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, Tomo I, 3ª Ed. actualizada.

objección de ciencia también puede interponerse contra actos que desconocen el núcleo del contenido de la libertad de actuación, siempre que, a criterio del profesional, pudiera encontrarse una terapia más conveniente.

d. CONTRA MANDATOS DETERMINADOS, DE OPCIÓN ALTERNATIVA, E INDETERMINADOS

En virtud de lo que hemos expuesto, los mandatos de la autoridad o del paciente son materia de objeción profesional. Si el mandato es claro, determinado y del texto surge una obligación incontestable para el profesional, aparecerá una causa para objetar. Ahora bien, los actos indeterminados o aquellos con múltiples opciones determinadas ¿son pasibles de una objeción?

Para resolver esta cuestión será necesario analizar el espectro real de la elección. Si la opción elegida por el profesional se encuentra dentro del supuesto de la norma, estrictamente no habría una objeción, sino su cumplimiento. Esto permite desechar la idea de una objeción contra mandatos genéricos o indeterminados, cuando el profesional pudiera subsumir su elección en alguna categoría de

ese mandato¹⁰⁷⁴. Como dice LÓPEZ GUZMÁN, “una conducta jurídicamente libre no puede considerarse objetable”¹⁰⁷⁵.

Sin embargo, en los casos que el profesional no pudiera subsu-
mir su elección en el supuesto de la norma, corresponde la objeción.
Puede suceder que el mandato sea indeterminado o que existan múl-
tiples opciones para el profesional, pero, aun así, su criterio no tenga
cabida dentro. Sea que lo justifique por ausencia de evidencia cien-
tífica, falta de finalidad terapéutica o imposibilidad de elección de
entre los tratamientos disponibles, el médico puede objetar. Por
ejemplo, el médico podría objetar una norma que establezca tres cla-
ses de fármacos para atender a un drogodependiente, si no estuviera
de acuerdo con ninguna de ellas; o también podría objetar la prohi-
bición de determinados tratamientos si su criterio profesional le in-
dica brindarlos en beneficio del paciente (siempre que cuente con
evidencia que lo respalde).

¹⁰⁷⁴ “Mientras se mantenga la coexistencia de las diversas técnicas aptas para desarrollar el mismo análisis genético, la elección entre una y otra para la práctica del análisis genético [...] ha de considerarse que queda amparada por la libertad clínica (también llamada desde otra perspectiva «objeción de ciencia»), que permite la elección de método y prescripción, en la medida en que las opciones posibles sean igualmente válida[s] y ninguna haya sido demostrada como inválida o errónea”. MACÍA MORILLO, Andrea, *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*, REUS Editorial, Madrid 2018, p. 240.

¹⁰⁷⁵ LÓPEZ GUZMÁN, José, “Objeción de conciencia...”, p. 865.

e. CUYA INOBSERVANCIA CONLLEVE UN PERJUICIO DIRECTO AL PROFESIONAL

En relación con las consecuencias que la inobservancia del mandato acarrea al profesional, cabe distinguir cuatro supuestos: actos favorables, actos indiferentes, actos desfavorables que generen perjuicios indirectos y actos desfavorables directos. Para configurar la objeción es necesaria una situación que encaje dentro de este último supuesto.

En el primero de los casos, estrictamente no puede hablarse de objeción, sino más bien de actos de fomento. En virtud de ellos, la autoridad pretende satisfacer necesidades colectivas y procurar los fines del Estado, de manera indirecta y mediata. Junto con la participación voluntaria de los particulares, que desarrollan por sí mismos actividades tendientes a ese objeto, la Administración las protege y estimula excluyendo toda forma de coacción. En estos supuestos, el ejercicio profesional garantizaría la corrección científica y redundaría en la adquisición de un beneficio para el galeno.

En el segundo de los casos, nos encontramos ante normas imperfectas, cuya inobservancia resulta indiferente para el Estado pues no acarrearán sanción para el profesional ni perjuicio al paciente. En estos casos, no cabe hablar de objeción de ciencia pues la elección contraria a la norma pasa oculta para el Derecho.

La situación desfavorable puede producirse de manera directa o indirecta. En el primero de los casos, el mandato que el profesional objeta le acarrea un perjuicio claro y distinto. Por ejemplo, multas, procesos disciplinarios por incumplimiento de deberes, pérdida de la matrícula, etc. Otras veces, la situación desfavorable puede producirse por la pérdida de un beneficio. Basta pensar en desventajas en el mercado profesional por perder —por ejemplo— exenciones

impositivas, acceso a concursos públicos u otras medidas que establezca la autoridad.

A este respecto, las normas que acarrearán perjuicios indirectos al profesional no son pasibles de una objeción en sentido estricto, pues para enfrentarlas existen otros mecanismos que garantizan la igualdad en el marco de una legítima competencia. Asimismo, como esta clase de actos no impide que el médico continúe ejerciendo su profesión de acuerdo con lo que considera ajustado a ciencia, no parece irrogarse un perjuicio directo al paciente.

Distinto es el supuesto del acto desfavorable que ocasiona un perjuicio directo al profesional. En estos casos, corresponde interponer una objeción de ciencia, en la medida que la consecuencia gravosa acarrea consecuencias directas al paciente.

6. LÍMITES A SU EJERCICIO

No ignoramos que la idea de una objeción de ciencia como derecho humano, con un alto nivel de protección institucional, pueda resultar —para algunos— un elemento disgregador del Estado democrático. Evidentemente, esta preocupación será infundada en la medida que podamos ofrecer un adecuado tratamiento de sus límites. En este contexto: ¿cuál es el límite de la objeción de ciencia?, ¿toda objeción está justificada?, ¿habría algún supuesto donde el profesional debiera obedecer lisa y llanamente en contra de su criterio? Los límites de la real objeción de ciencia se encuentran en la materia esencialmente médica y la evidencia científica como criterio ordenador. A su vez, haremos un pequeño comentario sobre el valor de la urgencia médica en la objeción de ciencia.

a. LA MATERIA ESENCIALMENTE MÉDICA Y LAS DECISIONES DE COORDINACIÓN Y GESTIÓN

La delimitación de la materia esencialmente médica o de *reserva médica*¹⁰⁷⁶ reviste una importancia capital. Establecer los márgenes correctos nos permitirá definir con claridad cuál es el ámbito protegido y cuál queda extramuros de esta facultad.

El contenido de la objeción debe ser esencialmente técnico-científico consistente en la discrepancia con la terapia indicada. Esto no significa que sólo se reduzca a una operación científico-técnica, sino que es el resultado de un elenco de variables éticas ponderadas por el profesional, directamente relacionadas con el paciente singular. A este respecto dice COMORETTO que

[e]l acto médico alcanza su finalidad, es decir, el mayor bien del enfermo, cuando es el fruto, no de una aproximación únicamente técnica a los problemas del paciente, sino más bien de un razonamiento científico deliberado éticamente. El momento técnico y el ético son dos dimensiones que integran la praxis médica, y el médico que actúa de este modo no agrega nada a su profesión; simplemente vive su verdadero significado, su significado plenamente humano.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁶ En otro trabajo nos hemos referido a la materia esencialmente médica con ese nombre. Cfr. MENÉNDEZ, Federico G., "Dióxido de cloro y amparo de salud: ¿una nueva forma de imposición forzosa a profesionales de salud?", *Erreius*, Buenos Aires, 2021.

¹⁰⁷⁷ COMORETTO, Nunziata, "La centralidad de la persona en la praxis médica", en AA. VV., *Bioética y Persona. Escuela de Elio Sgreccia. Homenaje a S.E.R. Mons. Elio*

De la misma manera, sostiene LÓPEZ MORATALLA que, en el juicio profesional, existen dos niveles de racionalidad complementarios¹⁰⁷⁸. El primero, de racionalidad científica, con contenido objetivo y validez universal, que se traduce en un juicio de conocimiento entre el fenómeno morboso y la estrategia terapéutica. El segundo constituye el nivel de racionalidad ética, también necesario en toda actuación profesional y que complementa al primero aportando la dimensión propiamente humana al hecho biológico concreto¹⁰⁷⁹. Estas razones permiten a los profesionales cuestionar la conveniencia y cualificación técnica de una medida, cuando la medida pudiera

Sgreccia en sus 80 años de vida, BOCHATEY, Alberto (compl.), Educa, Buenos Aires, 2008, p. 78.

¹⁰⁷⁸ Esto mismo es lo que CARBALLERA SIMÓN denomina con los términos de “patología” y “clínica”. Sostiene el autor que “[l]a patología es la ciencia, y como tal se mueve en el orden de las proposiciones universales. La clínica, por el contrario, es una técnica, un arte, el arte de tomar decisiones prudentes ante un individuo concreto, en definitiva de diagnosticar y curar enfermos. Para hacer esto último, para tomar decisiones prudentes ante un individuo concreto, el médico deberá, en primer lugar, saber patología, es decir, conocer la ciencia médica, pero, además, deberá tener en cuenta otros muchos factores...” CARBALLERA SIMÓN, Antonio, “Libertad de prescripción”, en AA. VV., *VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2002, p. 125.

¹⁰⁷⁹ A este respecto, sostiene la autora: “En segundo lugar, y sin dejar el primero, se requiere conocer la dimensión propiamente humana del hecho biológico concreto. Es el metro del juicio ético en el arte de curar. No es igual tratar un problema que tiene que ver con el filtrar del riñón, que con el funcionamiento de la corteza cerebral, o con la transmisión de la vida. Sólo así es posible saber qué es lo que hace realmente al intervenir en tal proceso con el fin de curar o paliar la disfunción. La capacidad de establecer esa relación, el significado humano en cada acto concreto, es la racionalidad ética, que es exigible al arte de la medicina”. LÓPEZ MORATALLA, Natalia....

resultar perjudicial para el paciente¹⁰⁸⁰. Este doble juicio —ético y científico— es el núcleo más íntimo y esencial de la ciencia médica, siendo materia de objeción toda instrucción que lo afecte. Más aún, el debilitamiento de este juicio trae consigo una afectación directa a los bienes que fundamentan la institución, tales como la vida, la salud, la libertad de actuación médica y el conocimiento científico¹⁰⁸¹.

Existen otros ámbitos del quehacer profesional que, aunque puedan impactar en la labor diaria del facultativo, no son *prima facie* objetables; estos otros aspectos pueden ser intervenidos. Por ejemplo, los profesionales que laboran en instituciones de salud pueden encontrarse con instrucciones acerca del modo de asignar y gestionar las existencias disponibles¹⁰⁸². El médico puede conocer las

¹⁰⁸⁰ Cfr. TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, “La objeción de conciencia farmacéutica a la píldora postcoital”, *Cuadernos de Bioética* 13 (2002), p. 120.

¹⁰⁸¹ Cfr. Capítulo VI donde se hace un desarrollo *in extenso* de la composición de la materia esencialmente médica y de estos bienes.

¹⁰⁸² “Si bien es cierto que los profesionales sanitarios tienen la obligación de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, no es menos cierto que ese deber se encuentra matizado por una serie de condicionantes legales. En primer término, la atención sanitaria ha de ser acorde con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento (art. 5.1 de la LOPS, segundo inciso). Por otro lado, los profesionales sanitarios tienen el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos (art. 5.1 LOPS) y finalmente, la autonomía científica y técnica que el art. 4.7 de la LOPS reconoce a los profesionales sanitarios determina que los facultativos deban emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico, los conocimientos científicos vigentes y las posibilidades a su alcance”. TOLOSA-TRIBIÑO, p. 327.

necesidades del paciente, pero el superior conoce las del hospital. En la medida que dicha decisión discrecional no resulte arbitraria, debe ser respetada por el médico¹⁰⁸³.

Nada obsta que el profesional informe al paciente de las ventajas de una terapia adecuada, necesaria y proporcional, pero inaccesible en determinado contexto. Por ejemplo, algunos estudios, tratamientos o fármacos resultan elevadamente onerosos para ciertas instituciones sanitarias. No sería reprochable que un profesional indique las posibilidades que ofrece un tratamiento que cuenta con evidencia científica, pero que no se encuentra disponible en la institución. Es necesario recordar que, en su labor cotidiana, el profesional debe contar con la natural limitación de los recursos disponibles, y ceñirse sobriamente a sus posibilidades reales¹⁰⁸⁴.

La administración de los recursos escasos se extiende más allá de los medios materiales. La gestión del capital humano —también escaso— requiere decisiones de la autoridad para un mejor aprovechamiento en favor de los pacientes. En este contexto, la organización del funcionamiento de un servicio o la exigencia de la matriculación profesional, no podrían alegarse como justificativo para intentar una objeción de ciencia, a menos que dicha decisión,

¹⁰⁸³ Cfr. CSJN, *Industria Maderera Lanin S.R.L. c/ Nación*, Fallos: 298:223, 1977. La asignación racional de los recursos disponibles es un acto de verdadera discrecionalidad de la autoridad. Sin embargo, el hecho que sea un acto discrecional no trae de suyo que pueda realizarse con prescindencia de la evidencia científica y las necesidades reales de la institución: la discrecionalidad en la asignación y afectación de los recursos escasos no habilita a la arbitrariedad.

¹⁰⁸⁴ Cfr. de este trabajo, II.6.d. Sobre este mismo punto, cfr. PREGNO, Elian, “Todo para todos y gratis: coordenadas para garantizar la inviabilidad de un sistema de salud”, *Revista de Direito Sanitário* 17 (2016), p. 182.

redundara en un perjuicio directo al juicio ético-científico y los valores médicos fundamentales.

b. LA EVIDENCIA CIENTÍFICA Y LA PSEUDOCIENCIA

Ahora bien, que la materia de la objeción sea técnica o científica no significa que cualquier contenido de esta naturaleza sea igualmente válido para justificar una objeción. No todo desacuerdo producto del pensamiento alcanza la categoría de objeción. La objeción de ciencia hace referencia a los principios y métodos sobre los que la ciencia se fundamenta, cuya estabilidad y permanencia contrastan con opiniones superficiales y carentes de rigor técnico¹⁰⁸⁵.

En este sentido, la evidencia científica es un segundo elemento que debe analizarse como límite a la objeción. Hemos dicho que la libertad de elección de los tratamientos a la luz de la evidencia científica integra el contenido esencial de la libertad de actuación. Por tanto, toda acción fuera de los cánones científicos resulta ajena a la medicina moderna y, con ello, a la objeción. En los términos que venimos utilizando, la actuación carente de evidencia científica queda excluida del ámbito formal de esta libertad.

¹⁰⁸⁵ DE CASTRO sostenía que la libertad de la ciencia no es la indisciplinada anarquía de una disipación intelectual. Cfr. DE CASTRO, Fernando, *Discurso en la apertura de los estudios de la Universidad Central, en la toma de posesión del doctor Don Fernando DE CASTRO, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras, nombrado Rector de la misma el 1º de noviembre de 1868*, Imprenta de José M. Ducazcal, Madrid, 1868, p. 2.

Distinto es el caso de las indicaciones fuera de prospecto, a las que hemos hecho referencia con anterioridad¹⁰⁸⁶. La decisión profesional de seguir un tratamiento en estos términos estrictamente no configura una objeción de ciencia pues resulta una facultad prevista entre las opciones que ofrece la práctica profesional y la norma de policía. No obstante, no autoriza que el profesional practique en el paciente —incluso con su consentimiento— terapias que se encuentren desaconsejadas o contrarias a la enseñanza universitaria. Por ejemplo, no se incluyen en esta categoría conductas como la imposición de manos, la aspersion de hierbas, u otros rituales asimilables que resultan ajenos a la práctica médica, o maniobras experimentales fuera de estudios autorizados.

C. LA URGENCIA Y LA EMERGENCIA

Una tercera cuestión a abordar es la siguiente: ¿cómo influyen la urgencia del paciente y la emergencia de la comunidad en la limitación a la objeción de ciencia? En otros términos: ¿puede la objeción verse limitada en circunstancias apremiantes?

Basta con alegar el conocimiento del daño producido por el profesional. La urgencia o la emergencia no lo habilitan para ocasionar un daño consciente. Aún más, correspondería en estos casos extremar los recaudos de actuación para evitar que la urgencia lleve a tomar decisiones imprudentes. Como se ha dicho, en esta clase de situaciones, el médico tiene el deber de ejercer el principio de beneficencia en favor del paciente.

¹⁰⁸⁶ Cfr. de este trabajo, VII.3.c.i.

Un análisis similar cabe en los casos de emergencia pública. La declaración del estado de emergencia es una prerrogativa exclusiva de la autoridad y, en ese contexto, se encuentra habilitado para delimitar de manera más exigua los derechos. Sin embargo, como hemos expuesto¹⁰⁸⁷, el ejercicio de poder de policía de emergencia no es ilimitado.

En primer lugar, debe recordarse que la vida y la salud (y con ellas el bien que las posibilita: la libertad de actuación médica) son bienes estructurales y esenciales, base del sistema, sin los cuales aquél no existiría. Por tanto, tratándose de un derecho de naturaleza humana, vicarial al servicio de ellos, potenciada por las características del Estado de Derecho Constitucional, la objeción de ciencia no puede verse restringida por la emergencia.

En segundo lugar, tratándose de una medida de emergencia que se encuentra sujeta a estándares de razonabilidad, la finalidad de la norma debería poder justificar la restricción. Encontramos cierta dificultad a la hora de argumentar en favor de una restricción a la objeción de ciencia. Desconocemos qué argumentos podrían justificar una limitación a la dirección terapéutica del profesional, sin contradecir la finalidad médica, la evidencia científica o la elección discrecional en beneficio del paciente.

En tercer lugar, la limitación no puede afectar la sustancia del derecho regulado¹⁰⁸⁸. Por tanto, tratándose la objeción de ciencia de un elemento configurativo de la libertad de actuación, no podría verse atenuada, ni siquiera por las circunstancias extraordinarias.

¹⁰⁸⁷ Cfr. de este trabajo, V.4.

¹⁰⁸⁸ Cfr. artículo 28º de la CN.

7. DEBERES QUE IMPONE SU EJERCICIO

Como contracara de las facultades que otorga la objeción de ciencia encontramos los deberes que impone a los profesionales que se acogen a ella.

a. EL DEBER DE EXTERIORIZAR LOS MOTIVOS

De acuerdo con las normas que regulan el consentimiento informado y la autonomía del paciente, el enfermo tiene derecho a aceptar o rechazar tratamientos, debiendo expresarlo, pero sin que sea menester dar razones de su negativa. Por así decirlo, el ordenamiento reconoce al paciente el derecho a rechazar incorrectamente o sin motivo. Sin embargo, esta situación no es análoga en el profesional. El médico, en ejercicio de su libertad de actuación (y de objeción de ciencia en caso de corresponder), siempre que rehúsa una determinada opción del paciente o de la autoridad por razones de buena práctica, debe exteriorizar los motivos de dicho apartamiento.

En primer lugar, esta conducta responde al derecho del paciente a la información. En estos casos, los elementos que justifican la negativa son relevantes para el enfermo, en vistas a su consentimiento informado. En la objeción de ciencia hay un deber de explicar los motivos por los cuales el médico decide no seguir una estrategia terapéutica. Como hemos sostenido, este juicio de razonabilidad técnica debe darse a conocer a todos aquellos a los que podrían

derivarse los efectos directos de la decisión¹⁰⁸⁹. El paciente tiene derecho a una opinión técnica sobre su estado clínico y el silencio del profesional le privaría de información relevante sobre su estado de salud y los potenciales riesgos a los cuales se expone.

En segundo lugar, existen argumentos de conveniencia científica. Manifestar las razones por las que un profesional decide no seguir una estrategia terapéutica, permite contrastar y falsar los conocimientos adquiridos de manera intersubjetiva, reforzando el carácter confiable de la ciencia¹⁰⁹⁰. Más aún, estos conocimientos no pertenecen al patrimonio íntimo de una persona, sino que son de público acceso¹⁰⁹¹. Como dice CASABONA RÍSPOLI, “la ciencia debe trascender el ámbito de la intimidad de cada uno, para ser compartida como bien común, como la patria misma”¹⁰⁹².

En tercer lugar, hemos visto que el profesional tiene el deber de informar al paciente y a las autoridades de todo ejercicio contrario a la medicina y cuando su opinión técnica e independiente se encontrare restringida¹⁰⁹³. La exteriorización de los motivos que llevan a objetar, a partir de elementos científicos contrastables, permiten hacer pública la autenticidad de la negativa y dar fe de la sinceridad

¹⁰⁸⁹ Cfr. de este trabajo, XI.2.j.

¹⁰⁹⁰ Cfr. de este trabajo, I.3.b.

¹⁰⁹¹ Está claro que lo mencionado aquí no debe entenderse como reñido con las exigencias que impone el secreto profesional.

¹⁰⁹² CASABONA-RÍSPOLI, Eduardo, “Patria y Bien Común: Objeción de conciencia y desobediencia civil”, *Revista Persona y Bioética* 14 (2010), p. 164.

¹⁰⁹³ Cfr. de este trabajo, II.6.e.

de la objeción¹⁰⁹⁴. Asimismo, permite correr el velo de falsas objeciones que, bajo la apariencia de una conducta, encubren otras más escurias. Esta situación beneficia la racionalidad del sistema de salud y evita que se invoque la objeción de manera despreocupada.

En cuarto lugar, la exteriorización de los motivos es una exigencia en aras de su posterior control por el colegio profesional y en último término por la judicatura. En efecto, la determinación del valor objetivo de la objeción será competencia de la institución autorregulada, la cual verificará si existen motivos ético-científicos para legitimar la objeción o si se tratara de un ejercicio abusivo.

b. EL DEBER DE DERIVAR AL PACIENTE

Conforme recordará el lector, este tema ha sido tratado con anterioridad en nuestro trabajo¹⁰⁹⁵. En honor a la brevedad, a dicho apartado nos remitimos. Baste aquí indicar que en el deber de derivación debe distinguirse entre actos médicos y no médicos.

8. CONCLUSIONES

A lo largo del capítulo se han desarrollado los elementos que componen la objeción de ciencia. En este sentido, concluimos que:

1. la objeción de ciencia muestra una primera finalidad intuitiva, consistente en garantizar la libertad de actuación

¹⁰⁹⁴ Cfr. de este trabajo, XI.2.k.

¹⁰⁹⁵ Cfr. de este trabajo XI.2.m.

médica. Asimismo, como finalidad antecedente, propia y principal, la facultad estudiada protege los bienes de la vida y la salud del paciente, garantizando la calidad del servicio brindado;

2. los médicos son los sujetos titulares de la objeción de ciencia, no pudiendo ser extendida esta facultad a personas ajenas al arte de curar, sin perjuicio que pudieran identificarse otras objeciones técnicas en cabeza de los distintos profesionales;

3. los sujetos obligados a respetar el ejercicio de la objeción de ciencia son: el paciente, las autoridades privadas (sean estas legas o técnicas) y las autoridades públicas en sus distintos niveles;

4. el contenido propiamente dicho de la objeción de ciencia consiste en el rechazo voluntario y pacífico de órdenes y prohibiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, que impongan actos médicos propios e impropios, consistentes en mandatos determinados, de opción alternativa e indeterminados, cuya inobservancia conlleve un perjuicio directo al profesional;

5. los límites a la objeción de ciencia se encuentran dados por la materia objetada —que debe ser esencialmente médica— y la seriedad de objeción, no pudiendo justificarla en pseudociencias u opiniones aisladas carentes de una epistemología adecuada;

6. por último, el ejercicio legítimo de la objeción de ciencia impone a los profesionales exteriorizar los motivos de la objeción y, en los casos de actos médicos propios, derivar al paciente de buena fe.

CONCLUSIONES

Llegados a este punto, procederemos a las conclusiones. Adelantamos al lector que para ellas hemos optado por un carácter sintético y estricto, aséptico y sobrio. Otras consideraciones más libres, estructurales y de fondo serán tratadas con posterioridad en el Epílogo.

Con esta modalidad, queremos distinguir claramente lo que resulta una lógica derivación jurídica y científica, de lo filosófico o aspiracional. Aunque las conclusiones y el epílogo se encuentren vinculados, vemos conveniente separar aquello que refleja el final de un camino, que ha pretendido ser racional y serio, de otras expresiones más personales que recogen afectos inspirados a lo largo de este recorrido.

En el comienzo de la obra advertimos sobre los desafíos que presenta la ciencia médica. Las experiencias repasadas nos llevaron a preguntar si el profesional podía eludir las solicitudes de dudosa razonabilidad del paciente o del Estado. Las exigencias incompatibles con una medicina basada en evidencia, nos hicieron meditar cómo garantizar bienes jurídicos fundamentales —como la vida y la salud— cuando el profesional, su custodio, se encuentra asediado.

A partir de allí, nos propusimos profundizar en la dimensión estrictamente liberal de la profesión médica y desarrollar el concepto de objeción de ciencia, como facultad distinta a la de conciencia, que permite al médico ejercer su arte conforme a su *expertise*, sin interferencias exteriores.

De la exposición de los capítulos de la primera parte ha quedado de mostrado que:

1. La libertad de actuación médica ocupa un puesto de privilegio en la ciencia y profesión médica como nota distintiva. En efecto, la complejidad de la materia médica exige un modo de conocer específico y una actuación libre, no silogística, que permite ponderar los distintos elementos del problema para arribar a una terapia adecuada. Este modo libre de conocer y de actuar ha sido reconocido por la jurisprudencia, el ordenamiento legal, reglamentario y deontológico.
2. La libertad de actuación médica es un derecho humano derivado de la libertad de trabajo, reconocido por la Medicina y el Derecho. En efecto, la libertad de actuación médica es abordada por la doctrina, la jurisprudencia, la deontología y el ordenamiento nacional e internacional. El contenido esencial de este derecho consiste en la facultad del médico, en el marco de la relación sanitaria, de elegir la estrategia terapéutica más adecuada conforme al estado de la ciencia en vistas a la promoción de la salud del paciente, exento de intervenciones externas, que le impone el deber de independencia de criterio.
3. La libertad de actuación médica es un recaudo inexcusable para la configuración ética, científica y jurídica del acto médico válido. Junto a ella, la discrecionalidad técnica y la evidencia científica resultan elementos insoslayables para tener por

válido el acto médico en su triple dimensión. Aquellos permiten subsumir la *lex artis* según la evidencia científica disponible, al caso singular del paciente.

4. La libertad de actuación médica es un bien instrumental en favor del paciente, cuyo ejercicio razonable en el marco de la relación sanitaria, exige la actuación conforme a la *lex artis* compatible con el proyecto vital del destinatario. En efecto, toda actuación médica que desconozca la finalidad terapéutica del acto médico, plantee medios inadecuados según la evidencia científica o resulte incompatible con el proyecto vital del paciente (previamente informado) resulta irrazonable.

5. La libertad de actuación médica no puede ser restringida por el poder de policía sanitario *so pena* de incurrir en irrazonabilidad. En efecto, toda imposición de prestaciones que desconozca la finalidad terapéutica de la medicina, o proponga medios inadecuados para atender una patología o restrinja el ámbito de discrecionalidad médica, debe reputarse como irrazonable y por ello ilegítima.

6. La libertad de actuación médica debe ser supervisada por los miembros de la corporación médica, agrupada bajo la figura de los colegios profesionales. En efecto, por la materia esencialmente médica y el carácter autorregulado inherente a la profesión, son los mismos facultativos quienes se encuentran en mejores condiciones de cumplir esta función, y el colegio profesional es el tipo de organización que mejor se adapta a esta realidad.

7. La libertad de actuación médica es un presupuesto necesario de la responsabilidad profesional. En efecto, se ha definido al médico diligente como aquél que ejerce su profesión guiado por las leyes técnicas y las circunstancias del caso

particular. La jurisprudencia ha entendido que una conducta diligente debe basarse en una actitud técnicamente independiente, no superficial y fundada en evidencia científica. Por otro lado, como antecedente necesario, el reconocimiento de la libertad de actuación médica resulta insoslayable para la consecuente atribución de responsabilidad.

Al inicio de la segunda parte se ha ilustrado a través de distintos casos, los peligros que se ciernen sobre la medicina y cómo los principios arriba explicados se ven afectados. En efecto, el desconocimiento de la libertad de actuación médica trae de suyo:

1. La subversión de la profesión y la ciencia médica,
2. la aparición de un poder irrazonable,
3. la invalidez científica, ética y jurídica del acto médico,
4. la ruptura del deber de independencia,
5. la inminente desprotección del paciente,
6. la desnaturalización de los colegios profesionales y
7. la consagración de la irresponsabilidad profesional como principio de actuación.

Frente a estos efectos, se presentó una herramienta jurídica que legitima un comportamiento del médico, voluntario y pacífico consistente en el rechazo de órdenes y prohibiciones tuteladas por el ordenamiento, justificado en su criterio técnico-científico, con el propósito de garantizar el ejercicio de su libertad de actuación y defender la vida y salud del paciente, sin que dicha inobservancia le acarreara un perjuicio directo.

A partir de ello quedó demostrado que:

1. La objeción de ciencia es el *nomen iuris* con el que deontología y la doctrina han designado a la herramienta antes mencionada, la cual permite identificar un comportamiento

jurídicamente relevante cuya característica reside en el rechazo de una norma que se encuentra contrariada con la *lex artis*.

2. La objeción de ciencia, desde la acepción técnico-jurídica, puede definirse como el derecho humano —integrante de la libertad de actuación médica y reconocido de manera implícita o explícita— consistente en la facultad del médico de rechazar, voluntaria y pacíficamente, órdenes y prohibiciones dispuestas por las normas jurídicas, sin que dicha inobservancia conlleve un perjuicio directo al profesional. Esta objeción está justificada en el criterio médico y es reconocida con la finalidad de garantizar la libre actuación del profesional y defender la vida y salud del paciente.

3. La objeción de ciencia tiene naturaleza de derecho humano derivado de la libertad de actuación médica. Encuentra sus orígenes en la deontología y la doctrina, habiendo sido reconocida de manera expresa en el orden reglamentario e implícitamente en el constitucional, legal y jurisprudencial. Asimismo, es una institución que responde a las exigencias y más altos estándares del Estado de Derecho Constitucional.

4. La objeción de ciencia es de algún modo una realidad implícita fundada en normas y principios que fundamentan el Estado de Derecho Constitucional y su reconocimiento expreso resulta prenda de acierto para las democracias modernas. En efecto, la objeción de ciencia:

- a. Humaniza el Derecho, pues evita instrumentalizar a médicos y pacientes para propósitos ajenos a la finalidad terapéutica, incluso cuando pudieran calificarse de “razón de Estado”.

- b. Perfecciona al ciudadano, pues lo identifica como agente moral y potencia las capacidades estrictamente humanas tanto intelectuales como prudenciales.
- c. Reconoce la legítima autonomía del orden científico, pues delimita la competencia natural que existe entre lo político y lo técnico-médico.
- d. Protege los bienes fundamentales sobre los que se apoya el Estado de Derecho Constitucional, pues asegura la vida y la salud del paciente con una actuación científicamente adecuada.
- e. Garantiza el ejercicio razonable del poder político, pues habilita someter el tratamiento exigido a la evaluación médica prudencial.
- f. Promueve la actuación libre y responsable de los ciudadanos, pues reclama para el profesional mayor libertad y, consecuentemente, le demanda más diligencia y responsabilidad.
- g. Operativiza el contenido de un derecho humano, pues posibilita la libertad de trabajar —y de actuar con independencia médica— ejerciendo el propio oficio conforme a las reglas del arte.
- h. Fortalece al Estado, pues en virtud de su carácter subsidiario evita la injerencia en materias que pueden ser mejor prestadas por los particulares o las instituciones intermedias; de este modo, puede cumplir más acabadamente su función esencial como comunidad soberana y perfecta.
- i. Fomenta la pluralidad democrática, pues habilita la discusión científica y la diversidad de opinión entre los

profesionales, sólo sujeto a las normas de erudición y prudencia médica.

5. La objeción de ciencia guarda semejanzas y diferencias con otros institutos del Derecho como la desobediencia civil y la resistencia a la autoridad, la cláusula de ciencia basura, la cripto-objeción y la pseudo-objeción.

6. La objeción de ciencia se distingue de la objeción de conciencia en:

- a. el fundamento jurídico,
- b. el contenido de las normas en conflicto,
- c. la naturaleza jurídica,
- d. los derechos, bienes y sujetos protegidos,
- e. la legitimidad del mandato objetado,
- f. los estándares de interpretación,
- g. la influencia de la urgencia y la emergencia,
- h. el deber de exteriorizar los motivos,
- i. el deber de derivar,
- j. el deber de brindar una prestación sustituta,
- k. la exigencia de un conocimiento actualizado y
- l. el mecanismo de control previsto.

7. La tesis muestra que, estando presente en el texto normativo y jurisprudencial de manera implícita, la objeción de ciencia debe contemplarse expresamente siguiendo la tradición deontológica.

8. Conforme ha quedado demostrado, el derecho a la objeción de ciencia es una proyección de una libertad fundamental, como es la profesional. Por tanto, aquél debe ser conceptualizado de modo directo y preferentemente incorporado en los textos constitucionales.

EPÍLOGO

La película *Das Cabinet des Dr. Caligari* es conocida por su estilo visual único y su temática sobre la locura y la alienación. Recordará el lector que la historia presenta a un hombre llamado Francis el cual narra su experiencia con un vidente quien, con medios oscuros, lograba servirse de un sonámbulo para cometer asesinatos. Este ejemplar macabro del expresionismo alemán muestra cómo el grado de alienación inducido, permitía que el autor de esas fechorías no tuviera indicios de responsabilidad por sus actos. Sin pesimismo, el ejemplo nos ayuda a ilustrar cómo el ordenamiento jurídico puede seducir, hipnotizar y transformar a los profesionales en verdugos, agentes al servicio de mandatos externos.

La genuina preocupación por el fenómeno de la obediencia debida ha sido denunciada tanto por expresiones artísticas, como por la ciencia. Al comienzo de esta obra, expusimos cómo la comunidad científica ha alertado al mundo sobre los riesgos de la observancia ciega a la autoridad y el mecanicismo social. Probablemente, las luces aportadas por MILGRAM (y más recientemente por BURGER), nos hagan ver con mayor claridad, fantasmas que sobrevuelan la Medicina y el Derecho, aún en el siglo XXI. Con la evidencia recogida a lo largo de un siglo, ¿negaremos que, en determinados contextos de

subordinación, somos capaces de cometer vilezas y trasladar serenamente nuestra responsabilidad? La Medicina y el Derecho reclaman limitar la obediencia debida y fomentar una conciencia recta al servicio del hombre y de la verdad científica.

Con la presente tesis, hemos pretendido dar visibilidad, organicidad y rigor jurídico a una institución poco conocida. Desde esta idea, con nuestro trabajo hemos querido señalar y criticar todo lo que es contrario a la doctrina y a la *praxis* médica y, por tanto, irreconciliable con el nombre y la profesión de los médicos. En relación con estos últimos, aspiramos haber cumplido con el débito que todo jurista tiene hacia ellos, a fin de salvar, no ya su propia conciencia, sino la ciencia que profesan. Por otro lado, por nuestro especial compromiso con el Estado de Derecho hemos pretendido inocentemente, como el niño del cuento de HANS CHRISTIAN ANDERSEN, mostrar con claridad que en ocasiones *el Rey está desnudo*, aunque su desfile orgulloso y presumido diera a entender lo contrario. Toda sociedad sabe, por propia experiencia, que la libertad crece con la verdad, pero más evidente resulta que esa verdad exige un ambiente de libertad para florecer.

En estos sentidos, esperamos haber elaborado una obra útil para el Derecho y la Medicina. ¿Qué interés puede tener en un mundo como el nuestro conservar programas, ideas y prácticas irreconciliables con la conciencia y la ciencia médica? ¿Qué sentido tiene pretender legitimar una norma sanitaria que carece de racionalidad científica? Como en otros momentos de la historia, la evidencia será la que ilumine la mente y convierta la voluntad del profesional hacia el bien del paciente. De suerte que, a los médicos, quienes nada disputan al Estado en aquello que le corresponde como comunidad soberana y perfecta, se los dejará de molestar en lo que sólo a ellos les corresponde.

Esto no significa que nuestra tarea esté cerca de concluirse. Quizá la lucha por la independencia y autonomía científica no acabe jamás. Es probable que el perfecto ámbito de reserva médica no se logre nunca. ¿Puede acaso el cuerpo considerarse que está inmune de amenazas? De la misma manera, el estado de vigilia de los profesionales seguirá siendo constante. Por tanto, siempre que sus derechos se encuentren afectados, corresponderá reclamar con insistencia e intransigencia, pues su poder no proviene de una concesión estatal, ni una humana ideología sino de una recta y formada ciencia que da un rostro humano a cada paciente. En este contexto, la objeción de ciencia resulta una verdadera manifestación de la magnanimidad de la medicina.

En medio de una sociedad compleja en la que los mandatos sociales y estatales tienden a disminuir la libertad y la responsabilidad personal, pareciera que el crepúsculo es lo único que permanece en el horizonte; que las grandes banderas de la libertad son arriadas para izar la de los viejos totalitarismos; que los profesionales oyen cada vez más cerca el estruendo de los tambores. Sin embargo, es inminente un nuevo amanecer, en el que se vuelvan a levantar los estandartes ahora renovados por una ciencia y conciencia libre; donde el único sonido que se escuche sea la voz unánime de los profesionales que defienden su arte y la de todos aquellos que, a lo largo de los años, se beneficiarán de su nobleza y valentía.

Con este epílogo no pretendemos decir que todo acaba, sino antes al contrario, que todo comienza. Si a lo largo de la historia nos hemos encontrado con ejemplos que parecen mancillar el traje de la institución médica, no debemos olvidar que lo imperfecto siempre precede a lo mejor.

BIBLIOGRAFÍA

Revistas

- AA. VV., “Código Deontológico de la profesión de Dietista-nutricionista (D-n) en España”, *Revista Española de Nutrición Humana y Dietética* 22 (2018), pp. 2-8.
- AARNIO, Aulis, ALEXY, Robert y PECZENIK, Aleksander, “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie* 12 (1981).
- ACEVEDO-OSORIO Germán Obed, RAMÍREZ-GARCÍA, Nicolás, CARDONA-OSORIO, Julián David, OLIVEROS-RUIZ Christian Alexander, “Conocimiento y uso de método anticonceptivo de emergencia en estudiantes universitarios”, *Univ. Salud* 21 (2019), pp. 159-165.
- ADRIASOLA, Gabriel, “La objeción de conciencia y la interrupción voluntaria del embarazo. ¿Cómo conciliar su ejercicio con los derechos de las usuarias?”, *Rev. Méd. Urug.* 29 (2013), pp. 47-57.
- AGUILAR FLEITAS, Baltazar, “La relación médico-paciente. Dimensiones”, *Revista Uruguaya de Cardiología* 29 (2014), pp. 290-294.
- AGULLES SIMÓ, Pau, “El farmacéutico y «la píldora del día siguiente» (II)”, *Cuadernos de Bioética* 18 (2007), pp. 213-226.
- AHUMADA RUIZ, Marian, “Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios”, *RJUAM* 35 (2017), p. 307-320.

- ALCÁNTARA MORENO, Gustavo, "La definición de salud de la OMS y la interdisciplinariedad", *Gaceta Médica de México* 140 (2004), pp. 93-107.
- ALTISENT TROTA, Rogelio y RUBIO MONTAÑEZ, Marisa, "Objeción de conciencia, una cuestión a debate", *Formación Médica Continuada en atención primaria* 17 (2010), pp. 671-676.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Héctor y PÉREZ CAMPOS, Eduardo, "Causalidad en Medicina", *Gaceta Médica de México* 140 (2004), pp. 467-472.
- ANGELL, M., KASSIRER J. P. "Medicina alternativa: los riesgos de Remedios probados y no regulados", *New England Journal of Medicine* 339 (1998), pp. 839-841.
- APARISI MIRALLES, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José, "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófica a su reconocimiento legal", *Persona y Bioética* 10 (2006), pp. 35-51.
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina, "Esterilización anticonceptiva autonómica: agravio a la dignidad y libertad personal y profesional enmascarado en el derecho a la disposición del propio cuerpo - Nota a fallo judicial en materia médica y jurídico-bioética", *El Derecho*, Tomo 201, 16, 2 de abril de 2003, cita online ED-DCCLXIV-842.
- ASIAIN, Carmen, "Comentarios al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia y de ideario", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* 12 (2013), pp. 11-24.
- ATIENZA, Manuel, "Juridificar la bioética", *Isonomía* 8 (1998), pp. 75-99.
- BAILÓN MUÑOZ, Emilia y ARRIBAS MIR, Lorenzo, "La píldora del día después: una segunda oportunidad", *Atención Primaria* 29 (2002), pp. 430-432.
- BAÑO LEÓN, José María, "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional* 24 (1988), pp. 155-179.
- BARBIERI, Pablo Carlos, "Derecho deportivo. Tribunales disciplinarios. Justicia deportiva. Puntos de partida", *Revista Microjuris* (2017), cita online MJD10626.

- “Mitos y verdades sobre la llamada «justicia deportiva»”, *Sistema Argentino de Información Jurídica* (2015), cita online DACF150856.
- BARRERO ORTEGA, Abraham, “La objeción de conciencia farmacéutica”, *Revista de Estudios Políticos* 172 (2016), pp. 83-107.
- “Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo. (A propósito de la STC 154/2002, de 18 de julio)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 75 (2005), pp. 325-356.
- BELITZKI, Luis, “Daños y perjuicios causados en el ejercicio de la medicina en la jurisprudencia de la provincia de Córdoba”, *Jurisprudencia Argentina*, cita online 0003/70023317-1.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios”, *Derecho y Salud* 13 (2005), pp. 63-72.
- BERTI GARCÍA, Bernardita, “Protocolo de abortos no punibles es contrario a fundantes principios éticos de los médicos argentinos”, *El Derecho - Diario*, Tomo 263, 1037, Fecha: 18-08-2015 cita online ED-DCCLXXV-481.
- BESIO ROLLERO, Mauricio, “El acto médico: ¿una creación original? Reflexiones sobre su esencia, surgimiento y riesgos a los que se expone”, *Acta Bioethica* 16 (2010), pp. 51-60.
- “Sobre el acto médico”, *Cuadernos de Bioética* 1 (2003), pp. 25-38.
- BEWLEY, Susan, CLIFFORD, Damian, MCCARTNEY, Margaret y BYNG, Richard, “Gender incongruence in children, adolescents, and adults”, *The British Journal of General Practice: The Journal of the Royal College of General Practitioners* 69 (2019), pp. 170-171.
- BIANCHI, Alberto B., “La doctrina del «sacrificio especial» en la responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, *Ediciones RAP* 370 (2009), pp. 449-456.
- BIERZYCHUDEK, Laura, “Prescripción off-label de medicamentos: definición y consideraciones ético-regulatorias en Argentina”, *Revista Bioética y Derecho* 55 (2022), pp. 165-191.

- BONILLA SÁNCHEZ, Juan José, “La objeción de conciencia del personal sanitario ante los avances de las ciencias de la vida”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 132 (2011), pp. 977-1016.
- BRIK, Tessa, VROUENRAETS, Lieke, VRIES, Martine y HANNEMA, Sabine, “Trajectories of Adolescents Treated with Gonadotropin-Releasing Hormone Analogues for Gender Dysphoria”, *Archives of Sexual Behavior* 49 (2020), pp. 2611–2618.
- BURBINSKI, Beatriz y NASER, Miguel A., “Reflexiones acerca de la relación médico-paciente”, *Arch. argent. Pediatr.* 97 (1999), pp. 43-46.
- BURGER, Jerry M., “Replicating Milgram: Would people still obey today?”, *American Psychologist* 64 (2009), pp. 1–11.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión”, *La Ley*, 1976-C.
- CALANDRIA, Luis María, “El aborto en el régimen jurídico argentino”, *El Derecho - Diario*, Tomo 281, 25-02-2019, cita online ED-DCCLXXVII-677.
- CALLAHAN, Daniel, “The goals of medicine. Setting new priorities, Special Supplement”, *Hasting Center Report* 26 (1996), pp. 1-27.
- CANTAFIO, Fabio Fidel, “Teoría general sobre el uso compasivo de medicamentos”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 13 (2021), pp. 189-209.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia”, *Revista de Derecho Público* 46 (2014), pp. 37-58.
- CAO, Bin, WANG, Yeming, WEN, Danning, LIU, Wen, WANG, Jingli, FAN, Guohui, RUAN, Lianguo, SONG, Bin, CAI, Yanping, WEI, Ming, LI, Xingwang, XIA, Jiaan, CHEN, Nanshan, XIANG, Jie, YU, Ting, BAI, Tao, XIE, Xuelei, ZHANG, Li, LI, Caihong, YUANG, Ye, CHEN, Hua, LI, Huadong, HUANG, Hanping, TU, Shengjing, GONG, Fengyun, LIU, Ying, WEI, Yuan, DONG, Chongya, ZHOU, Fei, GU, Xiaoying, XU, Jiuyang, LIU, Zhibo, ZHANG, Yi, LI, Hui, SHANG, Lianhan, WANG, Ke, LI, Kunxia, ZHOU, Xia, DONG, Xuan, QU, Zhaohui, LU, Sixia, HU, Xujuan, RUAN, Shunan, LUO, Shanshan, WU, Jing, PENG, Lu, CHENG, Fang, PAN, Lihong, ZOU, Jun, JIA, Chunmin, WANG, Juan, LIU, Xia,

- WANG, Shuzhen, WU, Xudong, GE, Qin, HE, Jing, ZHAN, Haiyan, QIU, Fang, GUO, Li, HUANG, Chaolin, JAKI, Thomas, HAYDEN, Frederick G., HORBY, Peter W., ZHANG, Dingyu, WANG, Chen, "A Trial of Lopinavir-Ritonavir in Adults Hospitalized with Severe Covid-19", *The New England Journal of Medicine* 382 (2020), pp. 1787-1799.
- CASA MADRID MATA, Octavio, "El acto médico y el derecho sanitario", *Revista CONAMED* 10 (2005), pp. 16-23.
- CASABONA-RÍSPOLI, Eduardo, "Patria y Bien Común: Objeción de conciencia y desobediencia civil", *Revista Persona y Bioética* 14 (2010), pp. 163-166.
- CASAS, Lidia y DIDES, Claudia. "Objeción de conciencia y salud reproductiva en Chile: Dos casos paradigmáticos", *Acta Bioethica* 13 (2007), pp. 199-206.
- CASASNOVAS, Luis Ciprés, "Ley de Eutanasia y objeción de conciencia", *Revista Atalaya Médica Tulorense* 20 (2021), pp. 5-6.
- CERVERO SOTO, Santiago y VIÑES RUEDA, José Javier, "El ejercicio de la Medicina en el contexto médico social del año 2000", *Revista española de Salud Pública* 73 (1999), pp. 13-24.
- CHANGEUX, Jean-pierre, AMOURA, Zahir, REY, Felix y MIYARA, Makoto, "A nicotinic hypothesis for Covid-19 with preventive and therapeutic implications", *Qeios*, 2020.
- CHÁVEZ VIAMONTES, José Ángel, QUIÑONES HERNÁNDEZ, Judith y BERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Oscar, "Talidomida, contextos históricos y éticos", *Humanidades Médicas* 9 (2009).
- CHEN, Jun, CHEN, Jun, LIU, Danping, LIU, Li, LIU, Ping, XU, Qingnian, XIA, Lu, LING, Yun, HUANG, Dan, SONG, Shuli, ZHANG, Dandan, QIAN, Zhiping, LI, Tao, SHEN, Yinzhong, LU, Hongzhou, "A pilot study of hydroxychloroquine in treatment of patients with common coronavirus disease-19 (COVID-19)", *Journal of Zhejiang University* 46 (2020), pp. 215-219.
- CIÁURRIZ, María José, "La objeción de conciencia", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 3 (1987), pp. 269-284.

- CID FOX, Ana, "Propuestas de políticas sociales con el objetivo de mejorar la calidad de vida en el trastorno por déficit de atención e hiperactividad", *Cuadernos de Bioética* 2 (2011), pp. 215-242.
- CLAAHSEN VAN DER GRINTEN, Hedi, VERHAAK, Chris, STEENSMA, Thomas, MIDDELBERG, Tim, ROEFFEN, Joep y KLINK, Daniel, "The Gender incongruence and gender dysphoria in childhood and adolescence-current insights in diagnostics, management, and follow-up", *European Journal of Pediatrics* 180 (2021), pp. 1349-1357.
- CONTRERAS-MANDUJANO, Juan Carlos, REYES-DE LA CRUZ, Concepción, SARMIENTO-ARENA, Zurisadai, MURILLO-PALMA Ana Laura, OSORIO-ALEJO, Dulce Rosario, "Conocimiento y uso de la píldora de emergencia en jóvenes universitarias de Tabasco", *Revista Horizonte Sanitario* 17 (2018), pp. 227-234.
- COOK R., ARANGO M. y DICKENS, B., "Ethical and legal issues in reproductive health. Healthcare responsibilities and conscientious objection", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 104 (2009), pp. 249-252.
- CORTESI, María C., "Responsabilidad médica y riesgos en el paciente por la prescripción «off label» de medicamentos", *RCyS* 17 (2015), cita online AR/DOC/423/2015.
- COTINO, Lorenzo, "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derecho fundamentales", *Dilemata* 24 (2017), pp. 131-150.
- CROVI, Luis Daniel, "La dignidad de los pacientes en tiempos de pandemia", *La Ley*, 20 de mayo de 2020, cita online AR/DOC/1569/2020.
- DE FREITAS DRUMOND, José Geraldo, "Ética de la pericia médica", *Gaceta interna científica forense* 2 (2012), pp. 1-5.
- DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Ana Carmen, "Diagnósticos prenatales: información a los padres", *Cuadernos de Bioética* 20 (2009), pp. 423-440.
- DE LA FUENTE, Juan Ramón, "Medicina Académica y Medicina Asistencial", *Arch. Cardiol. Mex.* 84 (2014), pp. 41-44.

- DE LA RIVA, Ignacio, "El funcionario público objetor de conciencia frente al aborto (con particular referencia a los profesionales de la salud)", *Forum* 13 (2022), p. 47-76.
- DE LA RIVA, Ignacio, ROGGERO, Francisco, "Leonardo Rodríguez Lastra y un hostigamiento judicial que persiste. Comunicado de la Asociación para la promoción de los Derechos Civiles", *El Derecho - Diario*, Tomo 283, 03-07-2019, cita online ED-DCCLXXVII-868.
- DE LOS REYES LÓPEZ, Manuel, "Relaciones entre profesionales sanitarios. Bioética para Clínicos", *Medicina Clínica* 117 (2001), pp. 339-350.
- DE LOS SANTOS, Luisa G. Rosario, "La objeción de conciencia: Fundamentos y justificación", *Revista del Centro de Bioética Juan Pablo II* 10 (2010), pp. 1-5.
- DEL RÍO SOLÁ, María Lourdes, LÓPEZ SANTOS, José María y VAQUERO PUERTA, Carlos, "La inteligencia artificial en el ámbito médico", *Revista española de Investigaciones Quirúrgicas XXI* (2018), pp. 113-116.
- DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, "La objeción de conciencia del farmacéutico: una mirada crítica", *Revista de Derecho UNED* 6 (2010), pp. 173-198.
- "Medicina personalizada, algoritmos predictivos y utilización de sistemas de decisión automatizados en asistencia sanitaria. Problemas éticos", *Revista Int. Éticas Apl.* 30 (2019), pp. 93-109.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, "Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional", *Derecho Privado y Constitución* 31 (2017), pp. 11-51.
- "Objeción de conciencia positiva: en particular sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto Ley 16/2012", *Derecho y Salud* 26 (2016), pp. 9-20.
- DEL MORAL GARCÍA, "Derechos, legisladores, jueces y juristas ante la bioética y la deontología médica", *Cuadernos de Bioética* 16 (2005), p. 175-189.

- DENTI, Vittorio, "Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 13 (1972), Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, pp. 3-22.
- DIDIER, Marta María, "El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación", *Dikaion* 24 (2015), pp. 253-281.
- DÍEZ FERNÁNDEZ, José Antonio y RODRÍGUEZ-PEÑA, Francisco M., "Propuesta de un marco deontológico para los biólogos españoles", *Cuadernos de Bioética* 30 (2019), pp. 277-287.
- DÍEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, "Autonomía del paciente y deberes del médico en el proyecto de Ley andaluza de muerte digna", *Cuadernos de Bioética* 21 (2010), p. 51-60.
- "El nuevo Código de Ética médica: la supervivencia de la deontología en el marco legislativo actual", *Diario la Ley* N.º 7975, sección doctrina, 29 de noviembre de 2012.
- "Marco jurídico actual de la objeción de conciencia sanitaria", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 11 (2010), p. 79-104.
- DOLABJIAN, Diego y SCHMOISMAN, Mario, "Derecho y Deporte en Argentina", *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre* 54 (2018), cita online IJ-DXLVI-388.
- DURRANCE, Christine Piette, "The effects of increased access to emergency contraception on sexually transmitted disease and abortion rates", *Economic Inquiry* 2012, pp. 1682-1695.
- ECHAVARRÍA, Martín F., "Las enfermedades mentales según Tomás de Aquino [I], sobre el concepto de enfermedad", *Scripta Mediaevalia* 1 (2008), pp. 91-115.
- ELLSCHIED, Günter, "Die Verrechtlichung sozialer Beziehungen als Problem der praktischen Philosophie", *Recht und Moral* 17 (1979), pp. 37-61.
- ESPINOZA MONTES, Ciro, "¿Cómo observar la realidad compleja?", *Horizonte de la Ciencia* 2 (2012), pp. 33-38.
- FALIERO, Johanna, "La desarticulación de la discrecionalidad terapéutica", *Revista de Derecho de Familia y Persona* 175 (2018), cita online AR/DOC/2659/2017.

- FREEDMAN, Benjamin, "Equipoise and the Ethics of Clinical Research", *The New England Journal of Medicine* 317 (1987), pp. 141-145.
- FUENTE DEL CAMPO, Antonio y RÍOS-RUIZ, Alma, "El ejercicio de la medicina y su entorno legal", *Cir. plást. Iberolatinoam.* 44 (2018), pp. 123-130.
- FURTENBACH DOMÉNECH, Ruth, "La objeción de conciencia a la venta de marihuana en las farmacias del Uruguay", *Revista de Derecho* 12 (2015), pp. 77-100.
- GALÁN HERRERA, Sara, CÓRDOBA GARCÍA, Rodrigo, MARTÍN ESPÍLDORA, María Nieves, "Consideraciones éticas acerca de la prescripción farmacéutica", *Revista clínica electrónica en atención primaria* (2003).
- GARAT, María Paula, "El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho* 10 (2015), pp. 59-79.
- GARAT, Pablo, REVELLO, Rubén, SEOANE, Hernán, "Salvar vidas no es delito", *El Derecho - Diario*, Tomo 283, 25-06-2019, cita online ED-DCCLXXVII-854.
- GARAY, Oscar Ernesto, "El consentimiento informado en clave cultural, bioética y jurídica", *La Ley* 2014, cita online AR/DOC/1754/2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La autonomía universitaria", *Revista de Administración Pública* 117 (1988), pp. 7-22.
- GARCÍA PEREGRÍN, Eduardo, Aspectos éticos y jurídicos de la objeción de conciencia, *Proyección* 43 (1996), pp. 95-104.
- GARCÍA RUIZ, "Leopoldo, Vacunas, certificados Covid y control de fronteras: reflexiones en torno al caso Djokovic", *Revista Chilena de Derecho* 49 (2022), pp. 89-102.
- GARCÍA SOLANS, José Ramón, "Reflexiones tras el anuncio de la liberalización de la venta de la píldora del día después", *Farmacéuticos Comunitarios* 1 (2009), pp. 81-83.
- GASCÓN ABELLÁN, Fernando, "Prueba científica: mitos y paradigmas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44 (2010), p. 81-103.

- GIRMA, Sourafel, PATON, David, "The impact of emergency birth control on teen pregnancy and STIs", *J. Health Econ* 30 (2011), pp. 373-380.
- GLASIER Anna, FAIRHURST, Karen, WYKE, Sally, ZIEBLAND, Sue, SEAMAN, Peter, WALKER, Jeremy y LAKHA, Fatim, "Advanced provision of emergency contraception does not reduce abortion rates", *Contraception* 69 (2004), pp. 361-366.
- GONZÁLEZ SEARA, Luis, "La independencia de las profesiones liberales", *Revista de Estudios Políticos* 113 (1960), pp. 147-158.
- GRACIA, Diego, "Competencia, capacidad, autonomía", *EIDON* 41 (2014), pp. 1-2.
- "Ética profesional y ética institucional: ¿Convergencia o conflicto?", *Revista española de Salud Pública* 5 (2006), pp. 457-467.
- GUERRERO-SOTELO, Roxana Nayeli, HERNÁNDEZ-ARZOLA, Laura Isabel y ARAGÓN-GONZÁLEZ, Gerardo Roberto, "Responsabilidad jurídica del acto médico sanitario", *Revista CONAMED, Derechos humanos y salud* 24 (2019), pp. 40-46.
- GUILLÉN, Mauro, "Profesionales y burocracia: Desprofesionalización, proletarización y poder profesional en las organizaciones complejas", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 51 (1990), pp. 35-51.
- GUSTAVO COSTA, Mario, "Las penas del ambiente. ¿Residuos o emisiones?", *Revista de Derecho Ambiental* 35 (2013), cita online TR LA LEY AR/DOC/6164/2013.
- GUZMÁN MORA, Fernando, "El acto médico: consideraciones básicas", *Revista Medicina* 23 (2001), pp. 8-13.
- GUZMÁN MORA, Fernando, FRANCO, Eduardo, MORALES DE BARRIOS, María Cristina y MENDOZA VEGA, Juan, "El acto médico. Implicancias éticas y legales", *Acta médica colombiana* 34 (2009), pp. 263-271.
- HANNA DE ROSA, Marta, "Recepción jurisprudencial de la «objeción de conciencia». Comentario a la sentencia 586/015 en autos «Alonso, Justo y otros contra Poder Ejecutivo. Acción de nulidad»", *Revista de Derecho* 12 (2015), pp. 217-237.

- HERRANZ, Gonzalo, "El código de ética y deontología médica", *Cuadernos de Bioética* 4 (1994), pp. 328-340.
- "Objeción de conciencia de las profesiones sanitarias", *Scripta Theologica* 27 (1995), pp. 545-563.
- HERVADA, Javier, "Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia", *Dikaion* 3 (1994), pp. 99-123.
- HOYOS, Ilva Miryam, "Problemática jurídica de la objeción de conciencia. De nuevo sobre el fallo del aborto", *Persona y Bioética* 10 (2006), pp. 69-84.
- HUERTA LARA, María del Rosario, "El acto médico y sus implicancias en el derecho civil", *Letras Jurídicas* 32 (2015), pp. 61-78.
- JASANOFF, S., "Law's knowledge: science for justice in legal settings", *American Journal of Public Health* 95(2005), pp. 49-58.
- JOUE DE LA BARRERA, Nicolás, "Vida humana, persona, dignidad y eutanasia", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 28 (2012), pp. 313-316.
- JUVENAL, Javier, "La objeción de conciencia. Su régimen jurídico vigente en Uruguay, con especial referencia a su ejercicio por los funcionarios públicos", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* 28 (2015), pp. 181-317.
- KRAMER, Daniel, KAZI, Dhruv S., YEH, Robert W., "Equipoise on covid-19 therapeutics", *The British Medical Journal* (2020).
- KVITKO, Luis Alberto, "La responsabilidad médica en cirugía estética ¿obligación de medios o de resultados? Antecedentes jurisprudenciales argentina y española. Cambio radical en la doctrina y criterio jurisprudencial español", *Medicina Legal de Costa Rica* 28 (2011), pp. 7-24.
- LABRADA, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamentos, historia*, Civitas, Madrid, 1998.
- LAFFERRIERE, Nicolás y TOLLER, Fernando María, "Análisis preliminar del dictamen de las Comisiones en favor de la legalización del aborto" disponible en <https://centrodebioetica.org/analisis-preliminar-del-dictamen-de-las-comisiones-en-favor-de-la-legalizacion-del-aborto>.

- LARIOS RISCO, David, "La autonomía de la voluntad de los usuarios de servicios sanitarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 8 (2013), pp. 274-288.
- LOMBARDI VALLAURI, Luigi, "L'uomo non contemplato. Diritto, etica y bioética", *Il mulino* 36 (1987), pp. 601-614.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina y ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés, "La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano", *ACDI* 9 (2016), pp. 233-272.
- LÓPEZ GUZMÁN, José y APARISI MIRALLES, Ángela, "La intervención de los farmacéuticos y enfermeros en la prescripción: una aproximación ético-legal", *Derecho y Salud* 14 (2006), pp. 169-204.
- LÓPEZ GUZMÁN, José, "La objeción de conciencia sanitaria en el pensamiento de Gonzalo Herranz", *Cuadernos de Bioética* 33 (2022), pp. 275-280.
- "Objeción de ciencia", *Aula de la Farmacia* 37 (2007), pp. 72-77.
- "Objeción de ciencia", *Revista profesionales de formación continua* 3 (2007), pp. 72-77.
- "Objeción de conciencia farmacéutica", *Cuadernos de Bioética* 2 (1997), pp. 864-874.
- "Sesgos en la publicación sobre el mecanismo de acción de la píldora del día siguiente", *Cuadernos de Bioética* 2 (2011), pp. 169-184.
- LÓPEZ MEZA, Marcelo J., "La apreciación de la conducta según la capacidad y circunstancias del agente. La determinación de la diligencia exigible a cada uno de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial", *El Derecho* 266 (2016), pp. 1-7.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia, HUERTA ZEPEDA, Alejandra, BUENO LÓPEZ, Dolores, "Riesgos para la salud de los nacidos por las técnicas de fecundación asistida. La punta de un iceberg", *Cuadernos de Bioética* 23 (2012), pp. 467-527.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia, "El precio del «milagro» de los nacimientos por las técnicas de fecundación asistida", *Cuadernos de Bioética* 23 (2012), pp. 421-466.

- “La ética y la bioética de la programación de la humanidad”, *Revista Lasallista de Investigación* 11 (2014), pp. 41-50.
- “Principios éticos básicos”, *Educ. Med.* 16 (2015), pp. 24-28.
- LORENZETTI, Ricardo, “Cláusulas abusivas en el contrato de medicina prepaga”, *Jurisprudencia Argentina* 1997, III.
- LUCEIRO, Joao Carlos, “Dignidad humana (bio)biomedicina y revolución GNR (Genética, nanotecnología y robótica): Entre la ciencia y el Derecho”, *Ius et Scientia* 2 (2016), pp. 163-178.
- MADRID, Raúl, “El derecho a la libertad de cátedra y el concepto de universidad”, *Revista Chilena de Derecho* 40 (2013), pp. 353-369.
- MAESTRE UHÍA, Juan Miguel, OCAMPO OSPINO, Carmen del Carmen, USECHE AMARÍS, Nick Sebastián, TROUT GUARDIOLA, Guillermo Orlando, “Medicina basada en la evidencia: revisión del concepto”, *Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud* 9 (2012), Universidad de Magdalena, pp. 159-166.
- MARTÍ SÁNCHEZ, José María, “La objeción de conciencia: visión de conjunto”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 15 (1999), pp. 39-62.
- MARTÍN DE AGAR, José Tomás, “Problemas jurídicos de la objeción de conciencia”, *Scripta Theologica* 27 (1995), pp. 519-543.
- MARTÍNEZ LEÓN, María de las Mercedes y RABADAM JIMÉNEZ, José, “La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la Ética y Deontología”, *Cuadernos de Bioética* 21 (2010), pp. 199-210.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 79 (1992), pp. 199-218.
- MASSINI-CORREAS, Carlos, “Dignidad humana, gobierno del derecho y razón práctica”, *Revista Jurídica Austral* 2 (2021), Buenos Aires, pp. 7-31.
- MEDINA CASTELLANO, Carmen Delia, “Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio”, *Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú* 69 (2012), pp. 201-223.

- MENDZ, George L., "Objeción de conciencia y relativismo moral", *Revista de Medicina y Ética* 28 (2014), pp. 855-909.
- MENÉNDEZ, Federico G., "Crotoxina y SARS Co-V: En un nuevo aniversario del Fallo Cisilotto", *El Derecho – Revista de Derecho Administrativo* 8 (2020), cita online ED-CMXXV-523.
- "Dióxido de cloro y amparo de salud: ¿una nueva forma de imposición forzosa a profesionales de salud?", *Erreius*, Buenos Aires, 2021.
- MESA, Macarena y PÉREZ, Iván, "El acto médico en la era de la telemedicina", *Revista médica de Chile* 148 (2020), pp. 852-857.
- MILGRAM, Stanley, "Behavioral study of obedience", *Journal of Abnormal and Social Psychology* 67 (1963), pp. 371-378.
- "Reflections on Morelli's «Dilemma of Obedience»", *Metaphilosophy* 14 (1983), pp. 190-194.
- "Some conditions of obedience and disobedience to authority", *Human Relations* 18 (1965), pp. 57-76.
- MIRKOVIC, Aude y ANDORNO, Roberto, "Nueva ley francesa de bioética del 2 de agosto de 2021. Análisis crítico de sus disposiciones en materia de procreación asistida", *SJA* 4 (2021), cita online TR LALEY AR/DOC/3285/2021.
- MONDRAGÓN BARRIOS, Liliana, "¿Objeción de conciencia en el campo de la salud mental?", *Dilemata* 8 (2016), p. 321-333.
- MONTANO, Pedro, "La objeción de conciencia como causa de justificación", *Revista de Derecho (UCUDAL)* 13 (2017).
- MONTERO VEGA, Adela y GONZÁLEZ ARAYA, Electra, "La objeción de conciencia en la práctica clínica", *Acta Bioethica* 17 (2011), pp. 123-131.
- MORA-RESTREPO, Gabriel, "Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas: El Mayflower a la deriva", *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 13 (2011), p. 249-273.
- MORALES GUZMÁN BARRÓN, Rossana, "La objeción de conciencia y el estudiante de Medicina", *Revista Sociedad Peruana de Medicina Interna* 21 (2008), p. 78-81.

- MORELLO, Augusto y DE LA COLINA, Pedro R., "Precisiones del Tribunal Supremo de España acerca de los deberes del médico de guardia", *El Derecho - Diario* 223 (2007), cita online ED-DCCLXIX-560.
- MORELLO, Augusto y MORELLO, Guillermo C., "El derecho y las opciones médicas", *Revista Jurisprudencia Argentina* 3 (2002).
- MORON URBINA, Juan Carlos, "Estudio sobre las atribuciones de la Administración sanitaria en Perú", *Revista de Derecho Administrativo* 134 (2021), cita online AR/DOC/386/2021.
- NAVARRO FLORIA, Juan, *El Derecho Eclesiástico en la República Argentina: asignaturas pendientes*, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 25 (2009), pp. 513-532.
- NAVARRO-RUBIO, Sonsoles y DE PORTUGAL, Coello, "La objeción de ciencia farmacéutica: la evidencia científica del medicamento como criterio deontológico en la libertad de dispensación", *Cuadernos de Bioética* 28 (2017), p. 369.
- NEIRA, Karin y SZMULEWICZ, Esteban, "Algunas reflexiones en torno al derecho general de la objeción de conciencia", *Revista de Derecho y Humanidades* 12 (2006), pp. 185-198.
- NUÑEZ MORILLAS, Frank Yuri, "Derecho vs. Sociología. Trascendencia de la sociología jurídica en la formación del estudiante de derecho", *In Crescendo. Institucional* 7 (2016), pp. 73-78.
- OJEDA RIVERO, Rafael, "Autonomía moral y objeción de conciencia en el tratamiento quirúrgico de los Testigos de Jehová", *Cuadernos de Bioética* 23 (2012), pp. 657-673.
- PALOMINO, Rafael, "Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria", *Revista Jurídica Digital UANDES* 1 (2017), pp. 67-84.
- PARDO, Antonio, "¿Qué es la salud?", *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra* 41 (1997), pp. 4-9.
- PARDO IOSA, Mariana, "Vida digna y derecho a la salud en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Forum* 12 (2021), pp. 105-130.

- PATIÑO RESTREPO, José Félix, “El profesionalismo médico”, *Rev. Colomb. Cir.* 19 (2004), pp. 146-152.
- “La tecnología afecta la relación médico-paciente”, *Cirugía y Cirujanos* 84 (2016), pp. 80-87.
- PAZOS HAYASHIDA, Javier, “Autonomía del Paciente y Libertad del Profesional Sanitario. (De la Protección del Sujeto a la Objeción de Conciencia en Medicina)”, *Revista de Investigación Jurídica* 2 (2012), pp. 1-18.
- PELEGRINO, Edmund, “La conciencia del médico, cláusula de conciencia y creencia religiosa: una perspectiva católica”, *Cuadernos de Bioética* 25 (2014), pp. 25-40.
- PERALES, Alberto, MENDOZA, Alfonso, SÁNCHEZ, Elard, “Vocación médica; necesidad de su estudio científico”, *An. Fac. med.* 74 (2013), pp. 133-137.
- PEYRANO, Jorge W., “Sobre la prueba científica”, *Ius et Veritas* 35 (2007), pp. 108-113.
- PINZÓN MARTÍNEZ, Myriam y LÓPEZ WILCHES, Fideligno, “Percepción sobre las reacciones adversas del método anticoncepción de emergencia, en la población femenina fértil en el periodo de Julio 2016 a Junio 2017 en la zona 10 de Engativá del Noroccidente de Bogotá D. C”, *AAL Química Farmacéutica* 410 (2017).
- PODESTÁ, Miguel Ángel, “Método para la toma de decisiones militares, una mirada crítica”, *Visión Conjunta* 15 (2016), pp. 26-30.
- PREGNO, Elian, “Todo para todos y gratis: coordinadas para garantizar la inviabilidad de un sistema de salud”, *Revista de Direito Sanitário* 17 (2016), pp. 176-186.
- PRIETO, Vicente, “Dimensiones individuales e institucionales de la objeción de conciencia al aborto”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 30 (2012), pp. 1-64.
- QUIJADA GONZÁLEZ, Cristina, “Testamento Vital”, *Persona y Bioética* 18 (2014), pp. 138-152.
- RAMOS VERGARA, Paulina y OLIVARES OSORIO, Patricia, “¿Objeción de conciencia y/o de Ciencia en el actuar médico?”, *Analysis* 24 (2019), pp. 111-118.

- RANIERI DE CECHINI, Deborah y CALDERONE, Sofía, “La objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el aborto legal en Argentina”, *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas* 12 (2022), pp. 81-102.
- REBECA KARINA, Aparicio Aldana, “Derecho de objeción de conciencia del personal médico y aborto. Análisis de una propuesta legislativa y de una sentencia del Tribunal Constitucional de España”, *Prudentia Iuris* 83 (2017), pp. 331-346.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La omisión de información en las historias clínicas en el ejercicio de la medicina privada como supuesto de responsabilidad por mala praxis médica”, *Cuadernos de Medicina Forense* 23 (2017), pp. 100-111.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre la atención de pacientes con ideación autolítica en urgencias: aspectos legales”, *Revista Asociación de Especialistas en Neuropsiquiatría* 36 (2016), pp. 325-345.
- “Urgencias infantopediátricas: Aspectos legales”, *Diario La Ley*, N.º 8794, Sección Doctrina, 1 de julio de 2016, Ref. D-263.
- RODRÍGUEZ MARTÍN, Esteban, “La extensión de la eugenesia en el ámbito sanitario español a través del diagnóstico prenatal”, *Cuadernos de Bioética* 23 (2012), pp. 53-70.
- RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Un grave error hermenéutico (el fallo de la Corte Suprema sobre el aborto)”, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 2013, *La Ley* 2013-C, cita online AR/DOC/47/2013.
- ROITMAN, Adriel, “El proceso de consentimiento informado y la investigación sobre COVID-19”, *La Ley* 2020-C (2020), cita online AR/DOC/1241/2020.
- ROSSELOT, Eduardo, “Derechos del paciente, en el marco de calidad de la atención médica”, *Revista Médica de Chile* 128 (2000), pp. 904-910.
- SAMBRIZZI, Eduardo, “La objeción de conciencia en la ley 27610”, *Diario La Ley*, año LXXXV, número 55, Tomo LL 2021-B, Thomson Reuters, Argentina, 2021.

- SAMMARTINO, Patricio, "Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho", *Diario El Derecho*, publicación del 21 de mayo de 2014.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier, "La objeción de conciencia sanitaria", *Estudios* 20 (2010), pp. 49-64.
- SANTIAGO, Alfonso, "El concepto de Bien Común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución", *Colección* 12 (2001), pp. 242-247.
- SARRATO MARTÍNEZ, Luis, "Delimitación jurídica y contenido de la denominada «lex artis» médica", *Actualidad Jurídica Aranzadi* 728 (2007), pp. 8-9.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas", *Revista de Derecho Público y Privado* 8 (1945), pp. 159-188.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, "Objeción de conciencia positiva", *Revista de Bioética y Derecho* 32 (2014), pp. 34-45.
- SILVA, Jesús-María, "La injerencia de las leyes: Problemas de la juridificación de las relaciones sociales", *Persona y Derecho* 56 (2007), pp. 35-57.
- SIMÓN YARZA, Fernando, "¿Exención de un deber de abortar? Sobre el registro navarro de objetores y el significado de la «objeción de conciencia»", *Revista Jurídica de Navarra* 58 (2014), pp. 159-180.
- SORIANO, Marcelo, "Actividad profesional simple vs. Liberal", *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado* 3 (2015), pp. 23-55.
- SPOTA, Alberto Antonio, "El poder de policía sobre las profesiones regladas a la luz de distribución de competencias", *Revista Jurídica Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Facultad de Ciencias Jurídicas* 6 (2002), pp. 166-177.
- STAHL, Ronit Y. y EMANUEL, Ezekiel, "Physicians, Not Conscripts — Conscientious Objection in Health Care", *New England Journal of Medicine* 376 (2017), pp. 1380-1385.

- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, “La objeción de conciencia farmacéutica a la píldora postcoital”, *Cuadernos de Bioética* 1 (2002), pp. 109-128.
- TALE, Camilo, “Notas. Noticias. Cursos. Jornadas. Congresos: Segundo congreso Nacional de Filosofía del Derecho”, *El Derecho - Filosofía* 2009, Tomo 235, 1109, cita online ED-DCCLXXI-67.
- TANZI, Silvia, “La responsabilidad profesional y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Derecho Privado* 1 (2012), pp. 168-186.
- TOGNOLA, Nancy, “Hacia una tutela uniforme, moderna, eficaz e innovadora de las áreas naturales protegidas en la Argentina”, *Revista de Derecho Ambiental* 31 (2012), pp. 123-142.
- TOLLER, Fernando María, “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, *Vida y Ética* 8 (2007), pp. 163-191.
- TOLLER, Fernando María, D’ELIA, Daniel, FERNÁNDEZ SANTANDER, Adriel, “Prevenir es curar. Pautas para la armonía entre libertad, patria potestad, derecho a la salud y potestad sanitaria del estado”, *Jurisprudencia Argentina*, cita online 0003/015374.
- TOLOSA-TRIBIÑO, César, “El derecho a la salud y la vacunación”, *Anales Real Academia Nacional de Medicina de España* 135 (2018), pp. 324-330.
- TOMÁS Y GARRIDO, Gloria María, SÁNCHEZ FIDELI, María Amparo, Objeción de conciencia y de ciencia en la investigación de la industria farmacéutica, *Cuadernos de Bioética* 20 (2009), pp. 510-512.
- TOMILLO URBINA, Jorge, “Medicina y Derecho: los orígenes de la juridificación de la prestación de servicios médicos”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI* 8 (2010), pp. 169-182.
- UROSÁ, Claudio, “La autonomía en el ejercicio clínico”, *Medicina Interna* 30 (2014), pp. 172-174.
- URRUTIA, Gustavo A., “La culpa y su prueba en la práctica quirúrgica”, en *La Ley Actualidad* 58 (1994), pp. 18-22.
- VALERIO, Carlos, “Limitaciones a la libertad de prescripción de medicamentos: derechos humanos y salud pública”, *Revista*

- Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal* 7 (2003), pp. 69-76.
- VÁZQUEZ LÓPEZ, J. Enrique, “La «Lex Artis ad hoc» como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”, *Cuadernos de Medicina Forense* 16 (2010), pp. 179-182.
- VEGA, Alejandro, “Profesiones Liberales. Contratos Profesionales”, Sup. Act., 2012, *Thomson Reuters*, cita online TR LALEY AR/DOC/4615/2012.
- VERA CARRASCO, Oscar, “Aspectos éticos y legales en el acto médico”, *Rev. Med. La Paz* 19 (2013), pp. 73-82.
- VERDÚ PASCUAL, Fernando, “La investigación en el ejercicio diario de la medicina”, *Gacetilla Internacional de Ciencia Forenses* 12 (2014), pp. 2-3.
- VIGO, Rodolfo, “Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el Derecho”, *Prudentia Iuris Número Aniversario* (2020), pp. 79-95.
- VILLANUEVA TURNES, Alejandro, “La objeción de conciencia y el Tribunal del Jurado en España”, *Inciso* 18 (2016), pp. 37-45.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, “Medidas de racionalización; libertad de prescripción”, *Derecho y Salud* 5 (1997), pp. 105-116.
- VITULIA, Ivone, “Justicia reproductiva: la interrupción del embarazo y la objeción de conciencia en Italia”, *Ius et Scientia* 3 (2017), pp. 136-149.
- VON CRANACH, Michael, “The killing of psychiatric patients in Nazi Germany between 1939-1945”, *Isr J Psychiatry Relat Sci* 40 (2003).
- WARREN, Kenneth S. y MOSTELLER, Frederik, “Doing more good than harm: The Evaluation of Health Care Interventions. Conference proceedings”, *Annals of the New York Academy of Sciences* 703 (1993), pp. 1-341.
- WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos, “La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La responsabilidad del Estado por la

- seguridad de los pacientes en hospitales”, *Jurisprudencia Argentina* II (1997).
- “La Responsabilidad Médica”, *La Ley* 1998-E-1165.
- WYNIA, Matthew, LATHAM, Stephen, KAO, Audiey y BERG, Jessica, “Medical professionalism in society”, *The New England Journal of Medicine* 341 (1999), pp. 1612-1616.
- YEARLEY, Steaven, “La autoridad social de la ciencia en la edad posmoderna, Universidad del Ulsier”, *Política y Sociedad* 14/15 (1993-1994), pp. 59-66.
- YOUNG, Pablo, “La farsa de la homeopatía”, *Revista Médica de Chile* 142 (2014), pp. 272-273.
- ZUBIAURRE-ELORZA, Leire, Cerdán, Sebastián, URIBE, Carmen, Pérez-Laso, Carmen, MARCOS, Alberto, RODRÍGUEZ DEL CERRO, María Cruz, FERNANDEZ, Rosa, PÁSARO, Eduardo y GUILLAMON, Antonio, “The Effects of Testosterone on the Brain of Transgender Men”, *Androgens: Clinical Research and Therapeutics* 2 (2021), pp. 252-260.

Libros

- AA. VV., *Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento*, Rap, Buenos Aires, 2011.
- *El médico frente al aborto*, Buenos Aires, Educa, 2012.
- *Estudios de derecho civil en homenaje al Prof. José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.
- *La ética en la universidad. Orientaciones básicas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.
- *Nuevos retos para la profesión médica: una aportación al debate social. Reflexiones a raíz del II Congreso de la Profesión Médica*, OMC, 2010.

- *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Bioética y jurídica: civil y penal*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.
 - *Revista bioética y el arte de elegir*, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Madrid, 2014, 2ª Ed.
 - *Servicio público, policía y fomento*, RAP, 2005.
 - *Theories of Rights*, Ed. J. Waldron, Oxford University Press, Oxford, 1984.
 - *VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, 2000.
 - *VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2002.
- ABÁSULO, Ezequiel, *El Derecho penal militar en la historia argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002.
- ABELLÁN GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando, *Manual Bioético-legal de consultas en salud sexual y contracepción*, Sociedad Española de Contracepción.
- AFTALIÓN, Enrique, VILANOVA, José y RAFFO, Julio, *Introducción al Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, 3ª Ed.
- AGULLES SIMÓ, Pau, *La objeción de conciencia farmacéutica en España*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2006.
- AIZENBERG, Marisa (Dir.), *Estudios acerca del Derecho de la salud*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014, 1ª Ed.
- ALARCOS MARTÍNEZ, Francisco José, *Objeción de conciencia y sanidad*, Editorial Comares, Granada, 2011.
- ALBERT, Marta, *Libertad de Conciencia*, Digital Reasons, Barcelona, 2013.
- *Libertad de conciencia. El derecho a la búsqueda personal de la verdad*, Palabra, Madrid, 2014.
- ALEXIÉVICH, Svetlana, *Voces de Chernobyl*, Titivillus, traducción de SAN VICENTE, Ricardo, 2015.

- ALEXY, Robert, ADLER, Ruth y MACCORMICK, Neil, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- ALONSO REGUEIRA, Enrique (Dir.), *El control de la actividad estatal*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, Tomo II.
- ARISTIZÁBAL FRANCO, Luis Evelio y HERRERA MUÑOZ, Giovanni, *Bioética para el Siglo XXI. Entendiendo el devenir histórico*, Editorial de la Universidad Libre Pereira, Colombia, 2020.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducción de PALLÍ BONET, Julio, Gre-dos, Barcelona, 2014.
- *La política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2017.
- ARTIGAS, Mariano, *Filosofía de la Ciencia*, EUNSA, Navarra, 1999.
- ARTIGAS, Mariano y SANGUINETTI, Juan José, *Filosofía de la Naturaleza*, EUNSA, Pamplona, 1989.
- BALLESTEROS, Jesús y APARISI, Ángela, *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004.
- BALLESTEROS, Jesús, *Derechos humanos. Conceptos, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BARBIERI, Pablo C., *Fútbol Profesional*, 20XII Grupo Editorial, Bs. As., 2015.
- BARRA, Rodolfo, *Capitalismo de rostro humano*, Ediciones Rap, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, 1ª Ed.
- *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980.
- BARRAGÁN, Horacio Luis, *Fundamentos de la Salud Pública*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007, Tomo 1.
- BARREIRO, Pablo y SORIANO, Vicente, *Coloquios de Ética Médica*, Biblioteca Online SL, Madrid, 2022.
- BILBENY, Norbert, *Por una causa común. Ética para la diversidad*, Gedisa, Barcelona, 2002.

- BLAS ORBÁN, Carmen, *El equilibrio en la relación médico-paciente*, J. M. Bosch, Barcelona, 2006, 1ª Ed.
- BREYER, Stephen, *Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence: Introduction*, The National Academies Press, Washington DC, 2011, 3ª Ed.
- BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1994, 2ª Ed.
- CALABUIG, Gisbert, *Medicina Legal y Toxicología*, Barcelona, 2019, 7ª Ed.
- CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 2ª Ed.
- CARRIÓ, Genaro R. y CARRIÓ, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, 3ª Ed. actualizada, Tomo I.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, 7ª Ed., Tomo I.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Ara Editores, Piura (Perú), 2003.
- CEBALLOS AMANDI, José Ángel, *Introducción a la ética profesional*, ICAI-ICADE, Madrid, 1997.
- CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.
- *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, 1ª Ed.
- CLÉRICO, Laura (Coord.), *Tratado de Derecho de la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 1ª Ed.
- COMADIRA, Julio Pablo, *Presunción de legitimidad, ejecutoriedad y suspensión judicial de los efectos del acto administrativo. Un intento de aproximación equilibrada entre los caracteres esenciales del acto administrativo y la tutela judicial efectiva. La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo como nulidad atípica o impropia*, Tesis doctoral presentada en la

- Facultad de Derecho de la Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho, Buenos Aires, 2020.
- COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I.
- CORTINA, Adela y CONILL, Jesús (Dirs.), *Diez palabras clave en ética de las profesiones*, Verbo Divino, Estella, 2000.
- CORTINA, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Tecnos, Madrid, 2000.
- *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 2008.
- DA VINCI, Leonardo, *Aforismos*, traducción de GARCÍA DE ZUÑIGA, E., Espasa Libros, Madrid, 1999.
- DE BROGLIE, Louis, *Physiscs and Microphysics*, traducción de DAVIDSON, Martin, Panteon Books, Nueva York, 1955.
- DE CASTRO, Fernando, *Discurso que en la apertura de los estudios de la Universidad Central, en la toma de posesión del doctor Don Fernando DE CASTRO, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras, nombrado Rector de la misma el 1º de noviembre de 1868*, Imprenta de José M. Ducazcal, Madrid, 1868.
- DE DOMINGO, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Estudio preliminar de MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, De Palma, Buenos Aires, 2001, 2ª Ed. (Reimpresión).
- DIDIER, Marta María, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- DOYAN, Len y GOUGH, Ian, *Teoría de las necesidades humanas, Icaria*, Barcelona, 1994.
- DURANY PICH, Ignasi, *Objeciones de conciencia*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 1998.
- ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

- FELD, Simon y RIZZI, Carlos Horacio, *El control de la Atención Médica*, López, Buenos Aires, 1978.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2005, Tomo II.
- FINNIS, John, *Fundamentals of Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1983.
- *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York, 2011, 2ª Ed.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 2003.
- FLORES MENDOZA, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 2001.
- FUMAROLA, Luis Alejandro, *Eximentes de responsabilidad civil médica*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002, Volumen 18.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid, 1984, Reimpresión.
- GARCÍA PARDO, David y MARTÍ SÁNCHEZ, José María, *La religión ante la ley. Manual de Derecho Eclesiástico*, Digital Reasons, Madrid, 2015.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- GÓMEZ ABEJA, Laura, *Las objeción de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, José María, *Derecho Eclesiástico Español*, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Madrid, 1989.
- GRACIA, Diego, *Bioética clínica*, Editorial El Búho, Bogotá, 1998, Tomo II.
- GRAY, John, *Liberalismo*, Nueva Imagen, México, 1992.

- GUITARTE IZQUIERDO, Vidal y ESCRIVÁ IVARS, Joaquín Javier (Coord.), *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Valencia, 1993.
- HABERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, traducción al castellano de su tesis doctoral por BRAGE CAMAZANO, Jorge, Dykinson S. L., Madrid, 2003.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, David y MONTENEGRO GONZÁLEZ, Sandra, *Justicia Deportiva*, Porrúa, México, 2010.
- HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo (autor), DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo (Coord.), *El Código de Ética y Deontología médica*, Edicomplet, Madrid, 2000.
- HIPÓCRATES, *Tratados hipocráticos*, Gredos, Madrid, 1990, Tomo I.
- HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- HORTAL, Augusto, *Ética general de las profesiones*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2002.
- HÜBNER, Kurt, *Crítica de la razón científica*, Alfa, Barcelona, 1981.
- IBÁN, I. (coord.), *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989.
- IBAN, I. y PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
- IBARRA, Eduardo A., *Congreso Constituyente de 1852: Constitución de 1853*, Enrique L. Frigerio, Buenos Aires, 1933.
- KRISKOVICH DE VARGAS, Esteban Armando, *La objeción de conciencia como derecho humano fundamental: en materia de bioética y bioderecho*, Librería Editrice Vaticana, 2015.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, traducción de SOLÍS, Carlos, 1977.
- LAFFERRIERE, Nicolás, *Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2011.

- LAPORTA, F. J., *La objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho positivo español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, *Fundamentación de la ética cristiana*, Ed. Paulinas, Madrid, 1991.
- LÓPEZ GUZMÁN, José, *¿Qué es la objeción de conciencia?*, EUNSA, Pamplona, 2011.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Manual de responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, 2ª Ed. ampliada y actualizada.
- *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, Tomo I.
- MACÍA MORILLO, Andrea, *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*, REUS Editorial, Madrid, 2018.
- MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, La Ley Thomson Reuters, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 1ª Ed.
- MANZANO SALCEDO, Ángela, *Cuestiones éticas y legales en torno a la dispensa de la píldora del día después*, CEU Ediciones, Madrid, 2011.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, 3ª Ed. actualizada, Tomo I.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORIA, Juan (Coord.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1996.
- MASSINI CORREAS, Carlos y SERNA Pedro, (Ed.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.

- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, Buenos Aires, 2005, 2ª Ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Tomo I.
- MEGÍAS, José Justo, *Manual de Derechos humanos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- MELENDO, Tomás, *Introducción a la filosofía*, EUNSA, Pamplona, 2004.
- MILGRAM, Stanley, *Obedience to authority: An experimental view*, Harper & Row, New York, 1974.
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro y CONTRERAS AGUIRRE, Sebastián (Ed.), *Problemas de Derecho Natural*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015, 1ª Ed.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director), SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, 2009.
- NAGEL, Ernst, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, PAIDOS, Barcelona, 2006.
- NAVARRO FLORIA, Juan, *El derecho a la objeción de conciencia*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.
- NAVARRO-VALLS, Rafael, *Derecho eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 1993, 3ª Ed.
- NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTINEZ-TORRÓN, Javier, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- NAVARRO-VALLS, Rafael, MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier y VALERO ESTARELLAS, María José, *Eutanasia y objeción de conciencia*, Ediciones Palabra, Madrid, 2022.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

- OLLERO TASSARA, Andrés, *Derecho y sociedad: dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Editora Nacional, Madrid, 1973.
- OLLERO TASSARA, Andrés, GARCÍA AMADO, Juan Antonio y HERMIDA DEL LLANO, Cristina, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.
- ORGANIZACIÓN MÉDICO COLEGIAL, *Manual de ética y deontología médica*, Madrid, 2012.
- PACHECO GÓMEZ, Alejandro, *Legitimación del acto biomédico*, Editorial Alfil, México D.F., 2011.
- PALOMINO, Rafael, *Las objeciones de conciencia*, Editorial Montecorvo SA, Madrid, 1994.
- PASTOR GARCÍA, Luis Miguel, *Cuestiones de antropología y bioética*, Universidad de Murcia, Murcia, 1993.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Editorial La Ley, Madrid, 2011.
- PIEPER, Josep, *Prudencia y Templanza*, Ediciones Rialp, 1969.
- PRIETO, Vicente, *La objeción de conciencia en instituciones de salud*, Editorial Temis, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2013.
- PUPPINCK, Grégor, *Conscientious Objection and Human Rights. A Systematic Analysis*, Brill, 2017.
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos humanos: Promoción y defensa de la dignidad*, Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2021.
- RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras UBA, Buenos Aires, 1937, Tomo IV (1827-1862).
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1965, Tomo V.
- RIVERA, Julio César (Ed.), *Tratado de los Derechos Constitucionales. Obra Colectiva*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, Tomo I.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ DUPLÁ, Leonardo, *Ética de la vida buena*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006.
- RODRÍGUEZ RIVERA, Luis, *La clínica y su método. Reflexiones sobre dos épocas*. Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1999.
- ROMEO CASABONA, Carlos (Coord.), *Informe Anticipando. Inteligencia artificial en salud: retos éticos y legales*, Fundación Instituto Roche, Bilbao, 2020.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN-GARCÍA, Fernando (Eds.), *E-salud y cambio del modelo sanitario*, Fundación Merk, Madrid, 2020.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *La impropia llamada Objeción de Conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- SÁNCHEZ Y GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Bioética en Ciencias de la Salud*, Elsevier España, Barcelona, 2021, 2ª Ed.
- SANGUINETTI, Juan José, *Lógica*, EUNSA, Navarra, 2002, 6ª Ed.
- SANTIAGO, Alfonso, *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Argentina, Buenos Aires, 2017.
- SANTIAGO, Alfonso, *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*, Abaco, Buenos Aires, 2022, 2ª Edición revisada y ampliada.
- SAPAG-HAGAR, Mario, *Bioética: al encuentro de una conciencia. Bioética para farmacéuticos, bioquímicos y médicos*, 2009.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1963, Tomo I.
- SIEIRA MUCIENTES, Sara, *La objeción de conciencia sanitaria*, Dykinson, Madrid, 2000.
- SIERRA MADERO, Dora María, *La Objeción de conciencia en México. Bases para un adecuado marco jurídico*, Universidad Nacional de México, 2012.

- SOLER, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Athenaica Ediciones Universitarias, Sevilla, 2015.
- SONIS, Abraam, *Medicina Sanitaria y Administración de Salud*, El Ateneo, Barcelona, 1978, Tomo II.
- SOUTO PAZ, *Derecho eclesiástico del Estado: el derecho de la libertad de ideas y creencias*, Marcial Pons, Madrid, 1995, 3ª Ed.
- SQUELLA, Agustín, *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*, Fontamara, México, 1998.
- TINANT, Edmundo Luis (Dir.), *Anuario de Bioética y derechos humanos 2019*, Buenos Aires, 2019.
- TOLLER, Fernando María, *La llamada de los derechos. Espíritu universitario y servicio a los derechos humanos*, Stanford, 2016. (Inédito)
- TOMAS DE AQUINO, *Comentario a los Analíticos posteriores de Aristóteles*, traducción de Ana Mallea y Marta Daneri-Rebok, EUNSA, Pamplona, 2002.
- *Comentario al libro de Aristóteles sobre el cielo y el mundo*, traducción de Juan Cruz Cruz, EUNSA, 2002.
- *Cuestiones disputadas sobre las virtudes en general*, traducción de Laura Corso de Estrada, EUNSA, Pamplona, 2000.
- *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2017, Tomo 1.
- *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2017, Tomo 2.
- *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2017, Tomo 3.
- TOMÁS Y GARRIDO, Gloria María (coord.), *Entender la objeción de conciencia: Jornadas de Bioética de la Universidad Católica San Antonio*, Universidad Católica San Antonio de Murcia, Murcia, 2011.
- TORRES, Damián, *Cuando salvar vidas se convirtió en delito. La historia no contada sobre el caso del Dr. Rodríguez Lastra*, Buena Data, Viedma, 2020.

- TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, 1ª Ed., Tomo II.
- TRIVIÑO CABALLERO, Rosana, *El peso de la conciencia. La objeción en el ejercicio de las profesiones sanitarias*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid-México, 2014.
- TUDELA CUENCA, Julio, *La contracepción de emergencia: Aspectos farmacológicos y de información pública implicados en su valoración bioética*, Universidad Católica de Valencia, Valencia, 2014.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho médico peruano*, Editorial Grijley, Lima, 2006, 2ª Ed.
- VERA URBANO, Francisco de Paula, *Derecho eclesiástico I*, Tecnos, Madrid, 1990.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, 2ª Ed. (10ª reimpresión).
- YZQUERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro, *Descubrir el Derecho: las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra Editores, Lima, 2009.
- ZIMAN, John, *La credibilidad de la ciencia*, Alianza, Madrid, 1981.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y SUPREMOS TRIBUNALES DE PROVINCIAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- *Abelenda, Eloy Felipe s/ art. 84 del CP (homicidio culposo) - causa N.º 20.919*, Fallos 312:1311, 1989.
- *Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias*, Fallos 335:799, 2012.
- *Albornoz, Luis Roberto y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios*, Fallos 330:748, 2007.
- *Amante, Leonor y otros c/ Asociación Mutual Transporte Automotor (AMTA) y otro*, Fallos 312:1953, 1989.
- *Amengual, Francisco Antonio c/ Universidad Nacional de Cuyo*, Fallos 279:65, 1971, considerandos 11 y 12.
- *American Cyanamid Company c/ Unifa Química e Industrial S.A. s/ Usurpación de patente de invención*, Fallos 278:313, 1970.
- *Amiano, Marcelo Eduardo y otro c/ E. N. (Ministerio de Justicia) y otro s/ Proceso de conocimiento*, Fallos 326:445, 2003.
- *Angulo y García, Miguel Ángel, Tte. Coronel Díaz, Marcelino, Lastra, Adolfo c/ Castro, José, Esquien, José c/ Roses, Celia*, Fallos 65:58, 1896.
- *Arriola Sebastián y otros s/ Causa N.º 9080*, Fallos 332:1963, 2009.
- *Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo ley 16.986*, Fallos 323:1339, 2000.

- *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ Acción de amparo-medida cautelar*, Fallos 326:4931, 2003.
- *Baca Castex, Raúl Alejo c/ C.P.A.C.F.*, Fallos 323:1374, 2000.
- *Bahamondez, Marcelo s/ Medida cautelar*, Fallos 316:479, 1993.
- *Banco Central*, Fallos 256:241, 1963.
- *Barneche, María Cristina Zuloaga de c/ Verde Onix S.C.A. s/ Despido*, Fallos 300:67, 1978.
- *Barrachina Gasulla, Juan*, Fallos 197:80, 1943.
- *Barraco Aguirre, Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Ordinario*, Fallos 302:1503, 1980.
- *Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia c/ Guevara, Juan Antonio y otros*, Fallos 327:3925, 2004.
- *Barry, María Elena c/ ANSES s/ Reajustes por movilidad*, Fallos 319:2151, 1996.
- *Benítez*, Fallos: 332:2815, 2009.
- *Berraz Montyn, Carlos*, Fallos 156:290, 1929.
- *Beveraggi de la Rúa y otros c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)*, Fallos 310:418, 1987.
- *Brescia, Noemí Luján c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios*, Fallos 319:840, 1994.
- *Cáceres Cowan Blas y otro s/ Recurso de Amparo*, Fallos 250:491, 1961.
- *Cadesa S.A. c/ Estado Nacional (ANA) s/ Daños y perjuicios*, Fallos 312:343, 1989.
- *Cadopi, Carlos Humberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa*, Fallos 320:89, 1997.
- *Campodónico de Beviacqua, Ana C. c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Amparo ley*, Fallos 323:3229, 2000.
- *Castro Milciades, F.*, Fallos 131:387, 1920.
- *Causa seguida al Coronel Mariano Espina*, Fallos 54:594, 1893.
- *Cavallo Álvarez, Sandra Elizabeth c/ Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Provincia de Salta s/ Acción meramente declarativa de Derecho*, Fallos 340:1606, 2017.
- *Chamillard Pin, Hermilda Elida s/ Casación*, Fallos 233:205, 1955.
- *Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, Fallos 310:112, 1987.

- *Colegio de Médicos de la Segunda circunscripción (Santa Fe) c/ Sialle, Mario*, Fallos 237:937, 1957.
- *Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Martínez Eche- nique, Benjamín s/ Cobro de sumas de dinero sumario*, Fallos 315:1830, 1992.
- *Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad*, Fallos 344:441, 2021.
- *Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ Acción de am- paro*, Fallos 328:651, 1992.
- *Correa, Hugo Evaristo c/ ANSeS s/ Avocación*, Fallos 326:3566, 2003.
- *D., M. A. s/ Declaración de incapacidad*, Fallos 338:556, 2015.
- *Dellagiovanna, Jorge Alberto s/ recurso ley 9671 - Colegio de Médi- cos de la Provincia de Buenos Aires*, Fallos 327:2151, 2004.
- *Denuncia formulada por los colegiados Dres. I.F. Loza y E.V. Del- porte contra los Dres. R. Makianich y J. F. Peire (Expte. N.º 669 T. D.) s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad*, Fallos 312:2494, 1989.
- *Díaz, Hugo Leonardo c/ Colegio de Fonoaudiólogos de la Provincia de San Juan*, Fallos 324:3833, 2001.
- *Duich Dusan Federico c/ CEMIC (Centro de Educación Médica e In- vestigaciones Clínicas “Norberto Quirno”) s/ Amparo*, Fallos 337:471, 2014.
- *Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta*, Fallos 136:161, 1922.
- *Estado Nacional - Ministerio de Economía - Secretaría de Intereses Marítimos c/ Arenera “El Libertador SRL” y otros s/ Cobro de pesos*, Fallos 312:1098, 1989.
- *Etcheverry, Luisa Mabel y otros c/ Provincia de Buenos Aires, Es- tado Nacional y otros*, Fallos 313:1293, 1990.
- *F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva*, Fallos 335:197, 2012.
- *Farmacy S.A. c/ Fisco de la provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabili- dad de ley*, Fallos 344:1557, 2021.
- *Fernández de Kirchner*, Fallos: 343:195, 2020.
- *Ferrari, Alejandro Melitón c/ Estado Nacional (PEN) s/ Amparo*, Fallos 308:987, 1985.

- *Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ Amparo*, Fallos 329:2552, 2006.
- *Gabrielli, Mario Carlos c/ Estado Nacional s/ contencioso administrativo*, Fallos 319:1165, 1996.
- *García, Ricardo Mario y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización de daños y perjuicios*, Fallos 315:1892, 1992.
- *Guinzburg, Bernardo s/ Sucesión*, Fallos 235:445, 1956.
- *Hardoy, Jorge B. c/ Universidad Nacional de Buenos Aires*, Fallos 168:414, 1933.
- *Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ Amparos y sumarísimos*, Fallos 324:754, 2001.
- *Hotelería Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 307:821, 1985.
- *Iglesias, Julio c/ Corporación Argentina de Productores de Carne*, Fallos 308:1745, 1986.
- *Industria Maderera Lanin S.R.L. c/ Nación*, Fallos: 298:223, 1977.
- *Inspección General de Justicia c/ Ghiano Re y Asociados S.A. s/ Incidente*, Fallos 333:2208, 2010.
- *Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ Incidente de verificación*, Fallos 342:459, 2019.
- *Ivanísevich, Ludovico*, Fallos 117:432, 1913.
- *Lastra, Juan c/ Obispado de Venado Tuerto*, Fallos 314:1324, 1991.
- *Liporace, Roque c/ Vázquez Ferro, Guillermo y otros*, Fallos 312:2527, 1989.
- *López, Ramon Ángel s/ Recurso del artículo 445º bis del Código de Justicia Militar - Causa 2845*, Fallos 330:399, 2007.
- *Maiorano, Francisco Antonio s/ Concurso preventivo*, Fallos 313:254, 1990.
- *Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N.º 1174-*, Fallos 328:4343, 2005.
- *Maqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, Fallos: 329:4918, 2006.
- *Mazzeo, Julio Lilio y otros s/ Recurso de Casación e inconstitucionalidad*, Fallos 330:3248, 2007.
- *Medilewski, Jacobo Rubén c/ Szarfman, Isaac*, Fallos 310:1536, 1987.

- *Méndez, Fernando Gabriel c/ Jager, Emilio y otros*, Fallos 321:473, 1998.
- *Molina, Carlos A. F.*, Fallos 207:159, 1947.
- *Monges, Analía M. c/ U. B. A. s/ Resolución N.º 2314/95*, Fallos 319:3148, 1996.
- *Monteserin Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la persona con Discapacidad y otro s/ Amparo*, Fallos 324:3569, 2001.
- *Movimiento Scout Argentino c/ Nación Argentina*, Fallos 302:545, 1980.
- *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Compañía Primitiva de Gas*, Fallos 211:958, 1948.
- *Nación Argentina (D.G.I.) c/ Norberto Néstor Garbus*, Fallos 308:179, 1986.
- *Noguera Isler, Enrique c/ Nación*, Fallos 263:460, 1965. Barone Manlio y otro c/ Banco di Napoli, Fallos 249:252, 1961.
- *O. Bemberg y cia*, Fallos 133:298, 1921.
- *Paracha, Jorge Daniel c/ DGI s/ Recurso*, Fallos 337:993, 2014.
- *Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros s/ Daños y perjuicios*, Fallos 332:2328, 2009.
- *Partido del Trabajo y del Pueblo s/ Reconocimiento de personería jurídica política de distrito - Córdoba*, Fallos 312:1614, 1989.
- *Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y otros s/ Recurso de hecho*, Fallos 325:677, 2002.
- *Podestá y otros c/ Provincia de Buenos Aires - Saladeros*, Fallos 31:273, 1887.
- *Pravaz, Juan Carlos c/ Instituto Neuropático Clínica de Reposo*, Fallos 289:315, 1974.
- *R., D. F. s/ Artículo 482º Código Civil*, Fallos 331:1854, 2008.
- *R., M. J. s/ Insania*, Fallos 331:211, 2008.
- *Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Machicote, Juan Carlos s/ Estafa reiterada*, Fallos 315:854, 1978.
- *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Alejandro Vicente Sassone c/ Papelera Hispano Argentina S.A.*, Fallos 307:1900, 1985.

- *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán*, Fallos 325:677, 2002.
- *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y otros*, Fallos 325:677, 2002.
- *Recurso de hecho deducido por Laura Ema Basigaluz Saez en la causa Basigaluz Saez, Laura Ema c/ Ministerio de Educación y Justicia*, Fallos 308:1861, 1986.
- *Rey, Celestino c/ Rocha, Alfredo y Eduardo s/ Falsificación de mercadería y de marca de fábrica*, Fallos 112:384, 1909.
- *Reynoso Nilda Noemí c/ INSSJP s/ Amparo*, Fallos 329:1638, 2006.
- *Reynoso, Osvaldo Norberto s/ Jubilación*, Fallos 307:1921, 1985.
- *Risueño Ferraro, Manuel María*, Fallos 219:254, 1951.
- *Rodríguez Pereyra José Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios*, Fallos 335:2333, 2012.
- *Roguín, José*, Fallos 247:277, 1960.
- *Rozenblat, Alberto c/ Porcella, Hugo y otros*, Fallos 322:726, 1999.
- *Rybar, Antonio c/ García, Rómulo y/u Obispado de Mar del Plata y/o quien corresponda s/ juicio sumarísimo (art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)*, Fallos 315:1294, 1992.
- *S.A. Furlotti Setien Hnos. c/ Instituto Nacional Vitivinícola por Recurso de Apelación*, Fallos 314:322, 1991.
- *S.A. Quebrachales Fusionados*, Fallos 150:84, 1927.
- *Saguir y Dib, Claudia Graciela*, Fallos 302:1284, 1980.
- *Sánchez, Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro*, S. 670. XLII. RHE, 2007.
- *Sánchez, Marcelino y otro c/ Caja Forense de la Provincia de Chaco s/ Cobro de pesos por repetición de sumas abonadas*, Fallos 286:187, 1973.
- *Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ Acción de amparo*, Fallos 328:4640 2005.
- *Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Provincia de Santa Cruz*, Fallos 322:1393, 1999.
- *Sindicatos de Obreros y Empleados Vitivinícolas y afines*, Fallos 263:71, 1967.
- *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ Información sumaria - sumarísimo*, Fallos 321:92, 1998.

- *Sogga, Constantino y otros c/ Gobierno Nacional*, Fallos 203:100, 1945.
- *Sportfila S.A. y otro c/ Estado Nacional (PEN) s/ Acción meramente declarativa*, Fallos 315:142, 1992.
- *Stiefel, Juan Carlos c/ Provincia de Santa Fe y otro s/ Acción declarativa de Certeza*, Fallos 334:1346, 2011.
- *Storani de Boidanich*, Fallos 184:137, 1939.
- *Teniente Coronel de Hernández, Ángel*, Fallos 149:175, 1927.
- *Teniente Quiroga, Pedro A.*, Fallos 101:354, 1905.
- *TS c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Fallos 324:5, 2001.
- *Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 306:2030, 1984.
- *Verón, Nilda c/ Omar Knauss y otros s/ Daños y perjuicios*, Fallos 325:798, 2002.
- *Vicente Solivellas*, Fallos 214:612, 1949.
- *Videla, Jorge Rafael s/ Excepción de incompetencia promovida por el procesado en la causa N.º 4852*, Fallos 310:761, 1987.
- *Videla, Jorge Rafael Massera Emilio Eduardo s/ Recurso de Casación*, Fallos 333:1657, 2010.
- *White Pueyrredón, Marcelo Carlos c/ Jockey Club Argentino*, Fallos 323:1042, 2000.
- *Zechner, Evelina Margarita c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Despido*, Fallos 342:1921, 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMÁN

- SALA CIVIL Y PENAL, *Cabrera de Fernández, Irma Olga c/ Sanatorio del Norte S. R. L. s/ Daños y perjuicios*, sentencia 939 del 24 de noviembre de 2003.
- SALA LABORAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, *Mamani, Silvia Patricia c/ Sistema Provincial de Salud (Si.Pro.Sa) s/ Daños y perjuicios*, Sentencia N.º 176, 2004.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES

- *Cayarga, José Eduardo c/ Clínica Privada Dres. Marcelo S. Tachella y otros s/ Daños y perjuicios*, 1995.
- *NN. O U., V. Protección y guarda de personas*, 2010.

- *Reboredo, Rubén Omar c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios*, 2003.
- *S., E. A. c/ Hospital Municipal de Villa Gesell y otros s/ Indemnización por daños y perjuicios*, 2004.
- *Samaniego, Héctor W. y otros c/ Caldevit S. A. s/ Daños y perjuicios*, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE JUJUY

- *C., C. M. c/ Sanatorio Nuestra Señora del Rosario SA y V., R. s/ Ordinario por Daños y Perjuicios*, 2022.
- *Tolaba, Ana María y Rodríguez, Jorge Luís c/ Estado Provincial*, 2011.
- *F. S. de B., Ñ. y R.N. S. de B. en situación de riesgo*, 2016.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA

- *Bernabo, Adriana y Ferreyra, Daniel, en Jo 12.309/8.141 Villar Américo y otro c/ Adriana Bernabo y otros p/ ordinario s/ Incidente*, 2007.
- *Carranza Roberto en Jo 146.311/12.825 Alarcón, Mario Avelino y otros c/ Guillén, Ivana y otros s/ Daños y perjuicios (Con Excepción Contrato Alquiler) s/ Incidente de casación*, 2013.

TRIBUNALES INFERIORES

CÁMARA 1ª DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, SALA 2

- *O'Keeffe, Cristina Mabel c/ Hospital Prof. Dr. Adolfo Rossi s/ Daños y perjuicios*, sentencia 241194 del 23 de septiembre de 2003.
- *Adelnur de Molina v. Meroni, José s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 12 de junio de 2001.

CÁMARA 2ª DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA

- SALA 1, *Quiroga, Pedro c/ AMA, La Ley 1963*, p. 1016.
- SALA 1, *López, César c/ Gorchs, Guillermo s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 1 de septiembre de 1992.
- SALA 3, *G., J. D. c/ Clínica del Niño y otro s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 15 de junio de 2006.

- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL, *Pastor Nancy Susana c/ Diario María Cecilia s/ Daños y perjuicios*, 2019.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA, SALA 7, *Páez, Jesús c/ Hospital Privado Centro Médico de Córdoba S. A. s/ Ordinario Daños y perjuicios*, Semanario jurídico 993-1994, p. 18.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE DOLORES, *I. F. B. c/ K. V. y/o quienes resulten responsables*, sentencia del 28 de septiembre de 2007.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES, SALA 3, *C., M. A. v. Clínica Privada Alcorta S.A y otros*, sentencia del 29 de diciembre de 2009.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MORÓN
- SALA 2, *R., O. c/ Medic Gem's SA y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 9 de marzo de 2010.
- SALA 3, BUENOS AIRES, *L., N. D. vs. Instituto Médico Central S.A. y otro s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 11 de junio de 2012.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE NECOCHEA, *Martino, Héctor O. y otros c/Clínica Privada Regional SA y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 20 de agosto de 2009.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO, SANTA FE, SALA 2, *B. de L., M. D. y otros c/ spsa*, noviembre 22-1978.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO SALA 1, *xxx c/ xxx s/medidas precautorias (artículo 232º CPCC)*, 2019.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO, SALA 2, sentencia del 30 de setiembre de 1980, *El Derecho - Jurisprudencia General*, T. XCI, p. 567.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN MARTÍN, SALA 1, *S. J. A. y otra c/ tlm y otro*, septiembre 28-979, *La ley* 1980 A 413.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 1ª NOMINACIÓN, RÍO CUARTO, CÓRDOBA, *B. D. F. c/ F. M. G. y Otros s/ Ordinario - Expte. No 505946*, sentencia del 14 de junio de 2013.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE RAFAELA, *C., L. G. c/ Policlínico ... y otros*, sentencia del 28 de agosto de 1998,

publicado en La Ley Litoral 2000, p. 257, cita online AR/JUR/3188/1998.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA DE COMODORO RIVADAVIA, SALA A, *S., J. y otra c/ P., G. y Otro s/ Daños y perjuicios*, 2007.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA DE COMODORO RIVADAVIA, SALA CIVIL, *M., V.L. c/ SIPROSALUD y otros/ Juicio sumario*, sentencia del 20 de abril de 2013.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA DE TRELEW

— SALA A, *M., C. c/ T., D. y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 7 de octubre de 2010.

— SALA A, *Padrón, L. J. c/ V., C. A. M. s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 22 de agosto de 2008.

— SALA A, *Sandoval de Pérez, I. c/ Z., N. R. s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 24 de junio de 2010.

— SALA B, *N., E. c/ Municipalidad de la Ciudad de Rawson s/ Daños y Perjuicios*, sentencia 08-C-04 del 22 de marzo de 2004.

— SALA CIVIL, *G., S. c/ S.C. SRL s/ Daños y perjuicios*, Sentencia 27 del 22 de octubre 2003.

— SALA CIVIL, *C., A.I. c/ S., J.M. y Otros s/ Daños y Perjuicios Beneficio de Litigar sin Gastos*, sentencia 22 del 20 de septiembre de 2003.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MAR DEL PLATA, *S., G. y otro c/ IOMA*, sentencia del 24 de noviembre de 2012.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE BUENOS AIRES, SALA 1, *Escobar Núñez de Ureña, Imrri y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ Responsabilidad médica*, sentencia del 22 de mayo de 2014.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL

— *Echenique, Silva Beatriz c/ Pardal, Carlos y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 24 de septiembre de 2010.

— SALA A, *Biedma Alberto c/ Clínica Bazterrica S. A.*, sentencia del 29 de junio de 1977, La Ley 1977-D-92.

- SALA A, *D. L. de E., M. L. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Roberto Quirno*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, La Ley 1998-B-876 (40.201-S).
- SALA A, sentencia del 19 de julio de 1977, *La Ley* 1977-D-92.
- SALA A, sentencia del 29 de agosto de 1989, *El Derecho* 135-756.
- SALA B, *B. de M. M. B. c/ Medicus S.A. y otro s/ Daños y perjuicios*, 2008.
- SALA B, *Cantarella c/ Simonovich y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 22 de junio de 2007.
- SALA B, *Simone de Del Moral, Emilia Rosa y otros c/ Granja, Miguel Ángel y otro s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 18 de marzo de 2008.
- SALA B, *E. P. E. y ot. c/ P. B. y otro s/ Daños y Perjuicios*, sentencia del 05 de mayo de 2008, *El Derecho - Diario*, Tomo 230, p. 517.
- SALA B, sentencia del 22 de diciembre de 1964, *Jurisprudencia Argentina* 1965-III-67.
- SALA C, sentencia del 12 de junio de 1964, *La Ley* 115-124.
- SALA D, *P. de L., D. c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, sentencia del 8 de febrero de 2006.
- SALA D, sentencia del 28 de octubre de 1982, *ED* 103-270.
- SALA E, *G. F. y otros c/ R., E. M. SA s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 17 de mayo de 2017.
- SALA E, *Pérez, Laura c/ Clínica Geriátrica Amenábar y otros*, *La ley* 1984-b, p. 145.
- SALA E, *Z., C. A. c/ P. F. y otro*, sentencia del 31 de mayo de 1996, *La Ley* 1996-D-705.
- SALA F, *Forlenza, Laura Fernández c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina - y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 19 de marzo de 2007.
- SALA F, *Amato, Eleonora c/ Guerrieri, Claudio Juan s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 23 de septiembre de 2004.
- SALA F, sentencia del 5 de diciembre de 1978, *El Derecho - Jurisprudencia General*, T. LXXXII, p. 588.
- SALA G, sentencia del 25 de junio de 1981, *El Derecho* 95/566.
- SALA G, *Degleue, Cynthia L. v. Tobolsky, Ángel*, 2007.
- SALA I, *Paredes, Edgardo J. J. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, sentencia del 11 de octubre de 1994.
- SALA J, *T. C. M. y otro c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*, sentencia del 13 de junio de 2014.

- SALA J, *Lamas, Dora c/ O.S.C.O.M.M y otro s/ Daños y perjuicios Responsabilidad profesionales médicos y auxiliares*, sentencia del 31 de mayo de 2012, cita online AR/JUR/23105/2012.
- SALA J, *Saint Pierre Cristina Ángela c/ Instituto Callao y otros s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 9 de noviembre de 2010.
- SALA L, A., *G.N. c/ G., P.M. s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 25 de julio de 2008.
- SALA L, C., *R. P. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios (Resp. Prof. Médicos y Aux.)*, sentencia del 6 de agosto de 2013.
- SALA M, A., *G. N. c/ G., P. M. s/ Daños y perjuicios*, 2008.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL

- SALA A, *Rodríguez, Carmen Teresa y otro c/ Casares, Enrique Alberto y otro s/ Ordinario*, sentencia del 17 de abril de 2012.
- SALA B, *Zarini, Graciela c/ OSPLAD s/ Ordinario*, sentencia del 7 de marzo de 2008.
- SALA E, *Velázquez Sabina, Benita c/ Clínica San Ramón s/ Daños y perjuicios*, sentencia del 5 de junio de 2007.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL

- SALA 1, *Vigil, María C. c/ Ciudad de Buenos Aires y otros*, sentencia del 02 de marzo de 2006.
- SALA 3, *D. S., W. c/ Sanatorio Colegiales S.A y otros*, sentencia del 25 de febrero de 2010.
- SALA 3, *Hernández, José Luis c/ OSECAC y otros s/ Responsabilidad médica*, sentencia del 3 de marzo de 2009.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, CAPITAL FEDERAL, SALA 5, *Calveiras, Juan Carlos*, 2005.

CÁMARA NACIONAL ESPECIAL CIVIL Y COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL, SALA 5, sentencia del 7 de julio de 1987, La Ley 1989-C-623.

CÁMARA NACIONAL ESPECIAL CIVIL Y COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL, SALA 4, sentencia del 11 de noviembre de 1985.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE JUJUY, *M., H. E. c/ Estado provincial s/ Medida Autosatisfactiva*, 2003.

TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN DE RÍO NEGRO, *Rodríguez Lastra, Leandro Javier s/ Incumplimiento de los deberes de funcionario público*, sentencia del 4 de octubre de 2019.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL DE FERIA, *L. J. M. c/ Sanatorio Otamendi y Mirolí S. A. s/ Amparo de salud*, 2021.
- JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE MAR DEL PLATA N.º 4, García, *Juan Adolfo v. Medicus S. A.*, 2008.
- JUZGADO DE FAMILIA DE CIPOLLETTI, *Hospital de Cipolletti s/ Medida autosatisfactiva*, cita online MJ-JU-M-134678-AR, 2021.
- JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE DISTRITO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE SAN JORGE, PROVINCIA DE SANTA FE, *Peralta, Viviana y otros c/ Municipalidad de San Jorge y otros s/ Amparo*, 2009.
- JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL N.º 3 DE CONCORDIA, *B., O. A. y V., N. G. s/ medida autosatisfactiva*, 2016.
- JUZGADO FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N.º 3 DE MORÓN, *Urbini, Tamara Silvana y otros s/ Homicidio culposo*, 2015.

TRIBUNALES INTERNACIONALES

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- *19 Comerciantes vs. Colombia*, 2004.
- *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006.
- *Beatriz y otros vs. El Salvador*, 2023.
- *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005.
- *Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia*, 2013.
- *I. V. c/ Bolivia*, 2016.
- *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, 2005.
- *Las Palmeras v. Colombia*, 2001.
- *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 2005.
- *Palacio Urrutia y otros c/ Ecuador*, 2021.
- *Palamara Iribarne vs. Chile*, 2005.
- *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 2006.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- *Arrowsmith c. Reino Unido*, 1975.
- *Barthold v. Alemania*, 1985.

- *Caryn vs. Bélgica*, 2009.
- *Ivinović vs. Croacia*, 2013.
- *Plaisier vs. Bélgica*, 2011.
- *Gelaude vs. Bélgica*, 2009.
- *KHW v. Alemania*, 2001.
- *Lings c/ Dinamarca*, 2022.
- *Moreels vs. Bélgica*, 2009.
- *Mortier c/ Bélgica*, 2022.
- *Polednová v. República Checa*, 2011.
- *Pretty c/ Reino Unido*, 2022.
- *Saadouni vs. Bélgica*, 2022.
- *Van Meroye vs. Bélgica*, 2009.

TRIBUNALES EXTRANJEROS

- BVerfG, PRIMER SENADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, sentencia del 27 de abril de 2022, BvR 2649/21.
- BVERFG, SEGUNDO SENADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, sentencia del 26 de febrero de 2020, 2 BvR 2347/15.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T 388 del 28 de mayo de 2009.
- CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, CHILE, Sentencia RDF 2010-II-226 del 14 de mayo de 2009.
- HOUSE OF LORDS (UNITED KINGDOM), “*R (Williamson) v. Secretary of State for Education and Employment*”, 2005, UKHL 15, [2005], 1 FCR 498, [2005] 2 AC 246.
- JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N.º 1 de Castellón de la Plana, Auto 158 del 13 de agosto de 2021.
- JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N.º 1 de Castellón de la Plana, auto del 27 de agosto de 2021, Recurso 346/2021.
- SCJN DE MÉXICO, SALA PRIMERA, Amparo en revisión 117/2012, *A.P.G. y otros.* (2012). Tesis XXVI/2013 (Décima Época). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1, p. 636, cita online 2002531.
- SUPREME COURT OF KANSAS, “*Kathleen J. Simpson vs Ronald R. Davis*”, 219 Kan 584, 549 P2d 950, 1976.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

- sentencia 106/1996 de 12 de junio.

- sentencia 120/1990 de 27 de junio.
- sentencia 145/2015, de 25 de junio.
- sentencia 148/1994, de 12 de mayo.
- sentencia 15/1982 de 23 de abril.
- sentencia 160/1987 de 27 de octubre.
- sentencia 160/1997, de 2 de octubre.
- sentencia 161/1987 de 27 de octubre.
- sentencia 179/1994 de 16 de junio.
- sentencia 18/1988 de 18 de febrero.
- sentencia 219/1989 del 21 de diciembre.
- sentencia 24/1981 de 14 de julio.
- sentencia 244/1994, de 15 de septiembre.
- sentencia 26/1987 de 27 de febrero.
- sentencia 32/1981 de 28 de julio.
- sentencia 42/1986 de 10 de abril.
- sentencia 64/1997, de 17 de marzo.
- sentencia 95/2011 de 21 de junio.
- sentencia 96/2011 de 21 de junio.
- sentencia, *L. M. G. C., y otros c/ Autos del 24 de abril y del 15 de mayo de 2019 del Juzgado de Instrucción n. 1 de Oviedo s/ Recurso de amparo n. 6313-2019*, Sentencia N.º 66/2022, 2022.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO

- sentencia 151/2009.
- sentencia 282/2002.
- sentencia 338/2003.

TRIBUNAL DE CASACIÓN ITALIANO

- sentencia 2439 del 18 de junio de 1975.
- sentencia 3044 del 13 de octubre de 1972.
- sentencia 3906 del 6 de diciembre de 1968.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª, sentencia del 8 de febrero, RJ 2006/544.
- SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª, Recurso Número 2297/1999, Resolución N.º 125/2006 del 8 de febrero de 2006.

- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 1^a, sentencia del 18 de octubre de 1989, RJ 1989/7411.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4^a, sentencia del 29 de mayo de 2001, RJ 2001/4958.
 - sentencia 1432/2004 del 3 de marzo.
 - sentencia 8247/2003 de 18 de diciembre.
 - sentencia del 26 de junio de 1980, ROJ 4565/1980.
 - sentencia del 5 de febrero de 1981, ROJ 3974/1981.
 - sentencia del 7 de febrero de 1990.

TRIBUNALES SUPREMOS REGIONALES DE ESPAÑA

- DE CATALUÑA, sentencia 12430/2003 del 4 de diciembre.
- DE LA RIOJA (ESPAÑA), *María José Muñoz Hurtado s/ Recurso de suplicación*, sentencia 349/2017.
- DE MADRID, sentencia 3928/2015 del 24 de marzo.

UNITED STATES SUPREME COURT

- “*Chicago life Insurance vs. Cherry*”, 244 U.S. 25 (1917).
- “*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*”, 509 U.S. 579 (1993).
- “*Griswold v. Connecticut*”, 381 U.S. 479 (1965)
- “*Jacobson v. Massachusetts*”, 97 U.S. 11 (1905).
- “*MC Govern vs. New York*”, 229 U.S. 363 (1913).

UNITED STATES COURTS OF APPEALS

- FOR THE SECOND CIRCUIT, “*McKenna vs. Cedars of Lebanon Hospital*”, 93, California (1979).
- FOR THE SEVENTH CIRCUIT, “*Charles H. Sanderson v. Culligan International Company*”, 415 F.3d 620, (2005).
- FOR THE ELEVENTH CIRCUIT, “*General Electric Company v. Robert K. Joiner*”, No. 96–188, 522 US 136, (1997).
- FOR NEW YORK, “*Mary E. Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*”, 105 N.E. 92, 211 N.Y. 125 (1914).
- FOR THE EASTERN DISTRICT OF WISCONSIN, “*United States v. Progressive Inc.*”, 467 F. Supp. 990 (1979).
- OF GEORGIA, “*Walace vs. Hall et al.*” 145 Ga App. 610 (1978).

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
AGRADECIMIENTOS	7

RELEVANCIA Y ACTUALIDAD DEL OBJETO DE ESTUDIO, HIPÓTESIS Y ESQUEMA DE ESTA TESIS

1. Introducción.....	9
2. Relevancia y actualidad de la investigación.....	17
3. Objetivos e hipótesis del trabajo realizado.....	20
4. Enfoque de la investigación.....	22
5. Estructura y metodología de la tesis.....	27
6. Últimas consideraciones previas para la lectura de la tesis	29

PRIMERA PARTE
LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN
EN EL EJERCICIO LIBERAL
DE LA MEDICINA

CAPÍTULO I
LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA
COMO NOTA DISTINTIVA DE LA PROFESIÓN MÉDICA

1. Introducción.....	33
2. El contexto médico: la realidad sanitaria es compleja.....	34
a. La complejidad en razón del productor del acto médico.....	35
b. La complejidad en razón del destinatario del acto médico	37
c. La complejidad en razón del diagnóstico médico	38
d. La complejidad en razón de la evolución de la técnica.....	39
3. Breves consideraciones sobre la Medicina como rama del saber	41
a. ¿Qué tiene para decir la Filosofía sobre la ciencia médica?.....	42
b. ¿Hay razones para confiar en la ciencia médica?	46
c. ¿Qué limitaciones tiene la verdad científico-médica?	47
4. La Medicina como profesión liberal.....	51
a. La medicina como actividad dirigida al cuidado de bienes fundamentales.....	53
b. La medicina como actividad eminentemente intelectual	61
c. La medicina como actividad autónoma.....	65
d. La medicina como actividad disciplinada colegialmente	69
5. Conclusiones	70

CAPÍTULO II
CONCEPTO, NATURALEZA
Y CONTENIDO ESENCIAL
DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. Introducción	73
2. Breves consideraciones propedéuticas	74
a. La salud y la libertad de actuación médica como bienes	74
b. La libertad de actuación médica como derecho.....	76
3. Concepto de la libertad de actuación médica.....	77
4. Reconocimiento ético y jurídico de la libertad de actuación médica .	78
5. Naturaleza jurídica de la libertad de actuación médica	89
a. La libertad de actuación médica como derecho humano.....	89
b. Dimensiones subjetiva y objetiva de la libertad de actuación médica	94
6. Contenido esencial del derecho de libertad de actuación médica	96
a. Finalidad y carácter instrumental de la libertad de actuación médica	98
b. Sujeto titular y sujetos obligados a respetar el contenido esencial de la libertad de actuación médica	102
c. Contenido <i>stricto sensu</i> de la libertad de actuación médica	103
d. Límites y circunstancias que llevan a la pérdida de la libertad de actuación médica.....	105
e. Deberes del titular	107
f. Facultades del titular para exigir su cumplimiento.....	112
7. Conclusiones.....	112

CAPÍTULO III
EL ACTO MÉDICO
COMO RESULTADO DE LA
LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. Introducción.....	115
2. Concepto y elementos del acto médico	116
a. Finalidad del acto médico.....	120
b. Sujeto del acto médico	126
i. Los legos en situación de emergencia	127
ii. Los sujetos sin título habilitante o matrícula.....	128
iii. El profesional integrante de equipos interdisciplinarios	131
iv. Los médicos como agentes naturales en la relación médico paciente	134
c. Objeto del acto médico	135
i. La evidencia científica como criterio de validez en las sociedades modernas	140
ii. La <i>lex artis</i> como ordenadora de la evidencia científica.....	145
iii. La subsunción <i>ad casum</i>	150
iv. La <i>lex artis ad hoc</i>	151
v. La incertidumbre clínica	154
3. Discrecionalidad terapéutica	161
4. Conclusiones	163

CAPÍTULO IV
LA ARMONIZACIÓN ENTRE
AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE
Y LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. Introducción.....	165
a. La relación médico paciente.....	166

b.	Ámbitos material y formal de los derechos	170
2.	La libertad del paciente a la elección de tratamientos.....	172
a.	El reconocimiento del derecho del paciente a la libre elección de tratamientos	173
b.	Contenido esencial del derecho a la elección de tratamientos... 175	
i.	Finalidad.....	175
ii.	Sujeto titular y sujetos obligados a respetar el contenido esencial	177
iii.	Contenido propiamente dicho del derecho a la libertad de elección de tratamientos	180
iv.	Límites y circunstancias que llevan a su pérdida	183
3.	Razonabilidad del ejercicio de la libertad de actuación médica en la relación médico-paciente.....	186
a.	Finalidad.	190
b.	Legitimidad	190
c.	Idoneidad técnica	194
d.	No afectación del contenido esencial del derecho	198
4.	Conclusiones.....	202

CAPÍTULO V
LA ARMONIZACIÓN ENTRE
SALUD PÚBLICA Y
LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1.	Introducción	205
2.	La intervención subsidiaria del Estado en Salud Pública	206
3.	La imposición de deberes en sentido estricto como modo específico de actuación estatal	212
4.	Análisis de razonabilidad en la imposición de deberes en sentido estricto en materia de salud pública.....	216

a. Finalidad .	218
b. Legitimidad	220
c. Idoneidad técnica	221
d. No afectación del contenido esencial	226
5. Conclusiones	230

CAPÍTULO VI

EL CARÁCTER AUTORREGULADO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

1. Introducción	233
2. Antecedentes de ámbitos autorregulados	234
a. Naturaleza de los valores preservados	236
b. Materia esencialmente técnica	242
i. La especialidad de la materia regulada	243
ii. La ordenación a la misión, fines y continuidad de la institución	248
iii. Los bienes cuya afectación sólo produce efectos <i>ad intra</i>	252
c. Eficiencia del control interno	254
d. Normas de producción no estatal en el ámbito público	258
e. Síntesis preliminar	261
3. El caso de los Colegios Profesionales	262
a. La naturaleza pública no estatal de los Colegios Profesionales	262
b. La colegiación universal y obligatoria	265
c. La protección constitucional de la autonomía del Colegio Profesional	267
d. La competencia funcional de los Colegios Profesionales	268
e. El autogobierno y la disciplina entre pares	270
f. La competencia material del Colegio Profesional	271
4. La profesión médica como ámbito autorregulado	275

- a. La complejidad técnica y la naturaleza de la actividad médica..276
- b. El profesionalismo y autonomía en materia médica.....278
- c. La no afectación de los valores médicos y la preservación de su integridad.....280
- 5. La conveniencia del Colegio Profesional como institución intermedia para la regulación y normación de la medicina283
- 6. Conclusiones.....287

CAPÍTULO VII

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN MÉDICA

- 1. Introducción 289
- 2. La libre actuación médica como conducta exigible al profesional.... 290
 - a. La medicina como actividad eminentemente de medios 290
 - b. El objeto obligacional: el correcto ejercicio del arte en el caso..293
 - c. El ámbito de discrecionalidad médica: lugar donde se deciden los medios terapéuticos..... 295
- 3. El modelo de diligencia médica..... 297
 - a. El médico razonable y prudente o *sui iuris* 297
 - b. El médico diligente *ad casum* 300
 - c. Caracterización de la actuación médica libre y diligente..... 302
 - i. Actuación científica 302
 - ii. Actuación actualizada..... 307
 - iii. Actuación no superficial 308
 - iv. Actuación falible y ordinaria 310
 - v. Actuación independiente 314
- 4. La actividad judicial frente al ejercicio de la libertad de actuación médica 316

a.	La conducta del juez con relación al conocimiento científico.....	317
b.	La conducta del juez frente a los dictámenes técnicos	320
5.	Criterios jurisprudenciales utilizados para valorar el ejercicio de la libertad de actuación médica	323
a.	Mayor deber de diligencia por superioridad técnica	323
b.	Deferencia frente a la incertidumbre clínica.....	325
c.	Causalidad adecuada	326
d.	Adecuación entre actuación y <i>lex artis</i>	328
6.	Conclusiones	333

SEGUNDA PARTE

LA OBJECCIÓN DE CIENCIA MÉDICA

CAPÍTULO VIII

CONFLICTOS ENTRE LA LEY

Y LA CIENCIA MÉDICA

1.	Introducción.....	339
2.	La problematización del ejercicio de la libertad de actuación médica.....	342
a.	El tratamiento de pacientes psiquiátricos.....	344
b.	La crotoxina A y B	347
c.	Dispensación farmacéutica de la Píldora del Día Siguiente.....	348
d.	El expendio de cannabis para uso recreativo en farmacias.....	352
e.	Abortos no terapéuticos y diagnóstico prenatal eugenésico	354
f.	Elección sobre la modalidad de parto con riesgo para el <i>nasciturus</i>	361
g.	Prácticas eutanásicas	362
h.	La ozonoterapia	364

i.	El ibuprofeno de sodio	366
j.	Terapias de bloqueo hormonal en menores.....	368
3.	Seis fantasmas sobrevuelan la medicina.....	375
a.	La subversión de la ciencia médica y del profesional.....	377
b.	La invalidez científica, ética y jurídica del acto médico.....	379
c.	La ruptura del deber de independencia y la inminente desprotección del paciente	380
d.	La aparición de un poder irrazonable	381
e.	La desnaturalización de los colegios profesionales.....	384
f.	La consagración del principio de irresponsabilidad médica.....	385
4.	Cuatro principios activos contra los peligros esbozados.....	387
a.	La preservación de la autonomía e integridad del contenido de la profesión médica	387
b.	La aseguración cautelar de los bienes fundamentales.....	388
c.	El regreso sin dilaciones al imperio de la racionalidad	389
d.	La instancia de revisión ulterior	392
5.	Conclusiones.....	392

CAPÍTULO IX
EL CONCEPTO
DE OBJECCIÓN DE CIENCIA MÉDICA

1.	Introducción	395
2.	Concepto de la objeción de ciencia.....	396
a.	La objeción de ciencia desde la Bioética.....	397
b.	La objeción de ciencia desde las Ciencias de la Salud.....	401
c.	La objeción de ciencia desde la doctrina jurídica.....	406
i.	La objeción de ciencia como modo específico de objeción de conciencia	408

ii. La objeción de ciencia como instituto independiente de la objeción de conciencia.....	409
d. En diálogo con los autores tratados.....	415
3. Conclusiones	418

CAPÍTULO X

RECONOCIMIENTO DEONTOLÓGICO, JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA OBJECIÓN DE CIENCIA MÉDICA

1. Introducción.....	421
2. Reconocimiento deontológico médico.....	421
a. Deontología en Argentina.....	422
b. Deontología en América Latina.....	425
c. Deontología en América Anglosajona	432
d. Deontología en Europa	436
e. Deontología en sede internacional.....	447
3. Reconocimiento legal	450
4. Reconocimiento jurisprudencial.....	455
a. El desacuerdo científico como fundamento de la objeción.....	456
b. La inexistencia del deber de colaboración para el suicidio	458
c. El rechazo médico de directivas anticipadas inapropiadas.....	460
d. La evidencia científica como criterio de validez de la objeción.	462
e. Las razones técnicas que justifican la actuación profesional.....	465
5. Conclusiones	468

CAPÍTULO XI

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBJECIÓN DE CIENCIA MÉDICA

1. Introducción.....	471
----------------------	-----

2.	La diferenciación con la tradicional objeción de conciencia	472
a.	Diferencias sobre el fundamento jurídico	475
b.	Diferencia sobre el contenido de las normas en conflicto	480
c.	Diferencias sobre la naturaleza jurídica de las objeciones	482
d.	Diferencia sobre los derechos y sujetos protegidos.....	484
e.	Diferencia sobre los bienes protegidos	485
f.	Diferencias sobre la legitimidad del mandato objetado.....	487
g.	Diferencia sobre la interpretación.....	490
h.	Diferencia sobre los sujetos titulares	492
i.	Diferencias sobre la influencia de la urgencia	494
j.	Diferencia sobre el deber de exteriorizar los motivos.....	496
k.	Diferencias en cuanto al deber de brindar una prestación sustitutiva.....	501
l.	Diferencias sobre la exigencia de un conocimiento actualizado	503
m.	Diferencias sobre el deber de derivación del paciente	503
n.	Diferencias en cuanto al control	505
3.	Otros institutos jurídicos similares a la objeción de ciencia	509
a.	La objeción de ciencia y la resistencia al orden jurídico	509
b.	La objeción de ciencia y la pseudo-objeción.....	511
c.	La objeción de ciencia y la cripto-objeción	513
d.	La objeción de ciencia y la <i>junk science clause</i>	514
4.	Naturaleza jurídica de la objeción de ciencia.....	517
a.	La objeción de ciencia como derecho derivado de la libertad de actuación médica.....	518
b.	La objeción de ciencia como derecho humano	519
c.	Proyección de la objeción de ciencia en las dimensiones personal e institucional	522
5.	La objeción de ciencia como institución propia del Estado de Derecho Constitucional	523

a. Exigencias del Estado constitucional de Derecho.....	524
b. Exigencias del orden constitucional	530
c. Exigencias del orden democrático.....	532
d. Exigencias del orden social.....	533
e. Exigencias del orden convencional	534
f. Exigencias del orden social pluralista.....	534
g. Exigencias del orden político subsidiario.....	535
h. Exigencias del orden personalista	536
6. Conclusiones	538

CAPÍTULO XII

ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO

DE LA OBJECCIÓN DE CIENCIA MÉDICA COMO DERECHO HUMANO

1. Introducción.....	541
2. Finalidad: la defensa de la vida y la salud	542
3. Sujeto titular: el médico	545
4. Sujetos obligados a respetar su ejercicio.....	547
a. Los pacientes.....	549
b. Las autoridades públicas	550
c. Las autoridades privadas: legos y técnicos.....	551
5. El contenido propiamente dicho	552
a. Rechazo voluntario y pacífico.....	553
b. Contra disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico..	554
c. Consistente en actos médicos propios e impropios.....	556
d. Contra mandatos determinados, de opción alternativa, e indeterminados	559
e. Cuya inobservancia conlleve un perjuicio directo al profesional	561
6. Límites a su ejercicio	562

a. La materia esencialmente médica y las decisiones de coordinación y gestión	563
b. La evidencia científica y la pseudociencia	567
c. La urgencia y la emergencia	568
7. Deberes que impone su ejercicio.....	570
a. El deber de exteriorizar los motivos.....	570
b. El deber de derivar al paciente.....	572
8. Conclusiones.....	572
CONCLUSIONES	575
EPÍLOGO.....	583
BIBLIOGRAFÍA.....	587
JURISPRUDENCIA	621